



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

DEFICIÊNCIAS DO ARTIGO 164.º DO CÓDIGO PENAL À LUZ DA CONVENÇÃO DE ISTAMBUL

Consentimento *versus* Constrangimento

Gil Duarte Miranda Ribeiro

Faculdade de Direito | Escola do Porto

Mestrado em Direito Criminal

Maio 2019

DEFICIÊNCIAS DO ARTIGO 164.º DO CÓDIGO PENAL À LUZ DA CONVENÇÃO DE ISTAMBUL

Consentimento versus Constrangimento

Gil Duarte Miranda Ribeiro

Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Direito Criminal pela Escola de Direito da
Universidade Católica Portuguesa, sob a orientação da Professora Doutora Maria da
Conceição Ferreira da Cunha

Faculdade de Direito | Escola do Porto

Mestrado em Direito Criminal

Maio 2019

Agradeço à minha orientadora por toda a ajuda,
paciência e disponibilidade

Aos meus pais pela sacrifício e investimento na
minha formação

RESUMO

Esta dissertação incidirá no crime de violação, com especial foco na última alteração legislativa ao número 2 do artigo 164.º do Código Penal, que prescindiu da necessidade de recurso a determinados meios típicos de constrangimento da vítima. Esta alteração decorreu do novo paradigma introduzido pela Convenção de Istambul, que radicou a punição das condutas do agente na ausência de consentimento da vítima. No desiderato de entendermos se a norma legal se adaptou às injunções decorrentes da Convenção, indagamo-nos acerca do alcance do conceito de “constrangimento” e de “ausência de consentimento livre”. As mudanças operadas à norma legal ficaram aquém das obrigações assumidas, já que o constrangimento da vítima impede a criminalização de condutas como o *stealthing*. Deste modo, exige-se uma urgente e rigorosa alteração ao crime de violação, que assuma as imposições da Convenção de Istambul e que tutele, efetivamente, o bem jurídico “liberdade e autodeterminação sexual”.

PALAVRAS-CHAVE: Violação; Convenção de Istambul; *Stealthing*; Constrangimento; Consentimento livre; Bem jurídico; Liberdade e autodeterminação sexual.

ABSTRACT

This dissertation will concern the crime of rape, with special focus on the last legislative amendment to the number 2 of the Article 164 of the Criminal Code, which has dispensed the need of appeal to particular typical means of victim constraint. This amendment arised from the new paradigm introduced by the Istanbul Convention, which settled the punishment of the conducts of the agent in the absence of the consente of the victim. In order to understand if the legal norm has been adapted to the resulting injunctions of the Convention, we question the reach of the concepts of “constraint” and “absence of free consent”. The changes operated to the legal norm have stayed beyond of the assumed obligations, as the victim constraint prevents the criminalization of conducts like *stealthing*. Therefore, it is demanded an urgent and thorough amendment to the crime of rape, that assumes the impositions of the Istanbul Convention and tutors, effectively, the legal good “sexual freedom and sexual self-determination”.

KEY-WORDS: Rape; Istanbul Convention; *Stealthing*; Constraint; Free consent; Legal good; Sexual freedom and sexual self-determination

ÍNDICE

ABREVIATURAS E SIGLAS	9
INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I – Evolução histórica do crime de violação à luz do bem jurídico	12
CAPÍTULO II – Convenção de Istambul e o seu artigo 36.º	18
CAPÍTULO III – O tipo legal do crime de violação	21
1. Distinção entre os crimes contra a liberdade sexual e os crimes contra a autodeterminação sexual	21
2. Semelhanças e diferenças entre a coação sexual e a violação.....	24
3. Alargamento das condutas puníveis pelo artigo 164.º do CP.....	28
4. Meios típicos de constrangimento do artigo 164.º do CP	32
CAPÍTULO IV – Insuficiência da alteração do n.º 2 da Lei n.º 83/2015 face à Convenção de Istambul	36
1. Alcance do conceito de constrangimento e de consentimento.....	36
2. <i>Stealththing</i> – enquadramento no crime de violação.....	42
CONCLUSÃO	48
BIBLIOGRAFIA.....	50
1. Livros e Artigos.....	50
2. Legislação.....	56
3. Jurisprudência.....	57
4. Recomendações, Pareceres e Projetos de Lei.....	58

ABREVIATURAS E SIGLAS

Ac. – acórdão

APAV – Associação Portuguesa de Apoio à Vítima

art.º - artigo

Cap. - Capítulo

cit. por – citado por

Comissão/Comissão Revisora – Comissão Revisora do Código Penal

Convenção – Convenção de Istambul

CP – Código Penal

CRP/Constituição – Constituição da República Portuguesa

DL – Decreto-Lei

ed. - edição

Idem – o mesmo autor da nota de rodapé anterior

in – usado quando se extrai de uma obra coletiva ou de uma revista

n.º - número

p./págs. – página/páginas

PAN – Partido Pessoas-Animais-Natureza

ss. – seguintes

Tít. – Título

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRP – Tribunal da Relação do Porto

vs. – *versus*

INTRODUÇÃO

A dissertação que ora se apresenta tem como principal desígnio a análise da alteração legislativa introduzida pela Lei n.º 83/2015 ao crime de violação à luz das injunções decorrentes da Convenção de Istambul e do bem jurídico tutelado.

Os diferentes códigos penais que vigoraram no panorama nacional enquadraram diversamente o crime de violação consoante o bem jurídico tutelado, tendo este crime, apenas com o Código Penal de 1995, passado a proteger um bem jurídico eminentemente pessoal, assente na liberdade e autodeterminação sexual. Contudo, a controvérsia acerca do bem jurídico não constituiu o único dilema levantado por este crime. Se a tutela do bem jurídico influenciou o tipo legal, também as conceções sociais e culturais dominantes influíram nas condutas puníveis e nos meios típicos de constrangimento exigidos para o preenchimento do crime.

Com a entrada em vigor na ordem jurídica português da Convenção de Istambul, o debate em torno do crime de violação ganhou novos contornos. No que concerne a esta dissertação, importa-nos analisar a Convenção, mais do que como “um marco ideológico e simbólico na teorização da violência contra as mulheres”¹, como um contributo para a criminalização, pelas Partes, de qualquer ato sexual, intencional, não consentido livremente. De facto, em virtude da Convenção, o crime de violação foi alterado, tendo a Lei n.º 83/2015 pretendido adaptar o tipo legal às injunções decorrentes desta Convenção.

Na base desta dissertação encontra-se também uma decisão histórica no que concerne ao crime de violação no contexto europeu, especificamente na Suíça, onde um indivíduo foi considerado culpado do crime de violação, após remover o preservativo sem o consentimento da outra interveniente, no que tinha sido, até ao momento, uma relação sexual consentida. Tal conduta, comumente denominada *stealthing*, consiste na remoção intencional e não consentida do preservativo durante uma relação sexual pretendida pelos intervenientes, com a condicionante do uso de preservativo.

Destarte, focar-nos-emos na alteração efetuada ao n.º 2 do artigo 164.º do Código Penal e em que medida o conceito de “constrangimento”, ainda que por qualquer meio, abarca todas as condutas não consentidas livremente.

¹ SOTTOMAYOR, Maria Clara, 2015, p. 106

Ora, se não existe “norma penal, proibitiva ou impositiva, que não se destine à tutela de bens jurídicos”², é imperativo que os tipos legais sejam configurados em ordem a garantir uma plena proteção dos mesmos. O crime de violação tutela o bem jurídico “liberdade e autodeterminação sexual”, importando, neste sentido, que os atos sexuais de relevo especificados, atentatórios deste bem jurídico, sejam criminalizados.

Assim, pelo limite de caracteres, orientaremos o nosso trabalho para um escrutínio conciso, crítico e atual da norma legal, focando-nos, ulteriormente, na opção tomada pelo legislador nacional em recorrer ao conceito de constrangimento em detrimento do conceito da ausência de consentimento livre em que a Convenção assenta. Para um melhor entendimento de tal questão, assemelha-se fulcral constatar se esta decisão legislativa importa alguma alteração substancial nas condutas puníveis pelo legislador, nomeadamente no que respeita ao *stealth*. Deste modo, pretendemos dissecar as divergências derivadas da seleção do elemento típico indispensável, seja este o constrangimento ou a ausência de consentimento.

² SILVA, Germano Marques da, 2012, p. 26

CAPÍTULO I – Evolução histórica do crime de violação à luz do bem jurídico

A tutela penal dos tipos legais relativos à liberdade e autodeterminação sexual apenas recentemente se dotou de autonomia no ordenamento jurídico português. Atualmente, o crime de violação encontra-se plasmado na secção I (crimes contra a liberdade sexual) do capítulo V (dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual do Título I (crimes contra as pessoas) do Livro II (Parte Especial), mais concretamente no art.º 164.º do Código Penal. Todavia, a sua inserção no Código Penal não foi sempre esta.

Nos diferentes códigos penais que vigoraram em Portugal ao longo do tempo, a inserção deste crime foi variando consoante as concepções sociais e culturais dominantes, não sendo de descurar, contudo, o papel essencial que as constantes alterações protagonizaram na mudança de paradigma no seio da sociedade portuguesa.

Os Códigos Penais de 1852 e 1886 plasmavam os crimes sexuais nos “crimes contra as pessoas”. No entanto, a sua inclusão nos “crimes contra as pessoas” não teve como fundamento a proteção de um bem jurídico individual, mas antes um bem jurídico supraindividual, fundado na moral social sexual³, encontrando-se os mesmos no capítulo IV, referente aos crimes contra a honestidade.

Não obstante o Código Penal de 1886 adotar uma tendência mais liberal, dado que o crime de violação, presente no art.º 393.º do CP de 1886, comportava a “cópula ilícita com qualquer mulher...”⁴ ao contrário do que constava do art.º 394.º do CP de 1852, que apenas se referia à “ cópula ilícita com uma mulher, posto que não seja menor, nem honesta...”⁵, este Código Penal não descurava o seu carácter protecionista da ordem moral da sociedade. Nas palavras de TERESA PIZARRO BELEZA, “A violação era tradicionalmente a cópula *não conjugal* forçada numa *mulher honesta*, isto é, a conjugação carnal obtida por um homem de uma mulher fora das regras de acesso normal à obtenção dessa *mercadoria*.”⁶.

³ PEREIRA, Rui, 1996, p. 43

⁴ Código Penal de 1886, versão online, disponível em: <https://www.fd.unl.pt/anexos/investigacao/1274.pdf>

⁵ Código Penal de 1852, versão online, disponível em: <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1829.pdf>

⁶ BELEZA, Teresa Pizarro, 1996, p. 163

De facto, o art.º 27.º do Código Penal de 1886 enuncia que “A responsabilidade criminal consiste na obrigação de reparar o dano causado na ordem moral da sociedade...”. Ora, o crime de violação visava proteger a honestidade da ofendida e não a sua liberdade sexual, o que era demonstrado no art.º 400.º dos Códigos Penais de 1852 e 1886, que determinava que o procedimento ou a pena pela prática do ilícito cessava caso o criminoso casasse com a mulher ofendida. Acresce ainda que, para se verificar o crime de violação, era exigido ainda que a cópula fosse ilícita, ou seja, obtida fora da relação conjugal, não sendo punida a cópula obtida mediante violência dentro do casamento, dado que o homem tinha a “posse” da mulher.

Os Códigos Penais de 1852 e 1886 pugnavam também pela criminalização de condutas que, embora não contendentes com a liberdade sexual de nenhum indivíduo, seriam atentatórias da moral social sexual, como o crime de adultério, presente no artigo 401.º do CP de 1886, o que evidencia a tutela do bem jurídico supraindividual, ligado à honestidade e, consequentemente, à moral social sexual.

Com o Código Penal de 1982 protagonizou-se uma revolução no direito penal português, iniciando-se, nas palavras de FIGUEIREDO DIAS, a reforma legislativa fundada numa conceção moderna e liberal do direito penal sexual.⁷ Contudo, relativamente ao crime de violação, não podemos dizer que se tenha verificado uma rutura absoluta com o paradigma estabelecido no Código Penal de 1886, uma vez que o bem jurídico tutelado permaneceu associado a uma conceção comunitária e não individual. De facto, apesar da inserção do crime de violação numa secção destinada aos “crimes sexuais” em detrimento da sua inserção nos “crimes contra a honestidade”, tal como ocorria nos Códigos Penais de 1852 e 1886, o crime de violação abandonou o Tít. II relativo aos “Crimes contra as pessoas” para se integrar no Tít. III – “Dos crimes contra valores e interesses da vida em sociedade”, mais concretamente no Cap. I – “Dos crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida social”. Assim, apesar das alterações efetuadas, o bem jurídico tutelado manteve-se relacionado com a moral social sexual, traduzida num “padrão rígido de comportamento a nível sexual.”⁸

Independentemente do bem jurídico tutelado não traduzir ainda a proteção da liberdade sexual, a norma legal introduziu a referência aos meios típicos “grave ameaça”

⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2012, p. 708

⁸ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, 2002, p. 351.

e “ter tornado inconsciente e na impossibilidade de resistir”, que tomam o lugar da “veemente intimidação, ou de qualquer fraude, que não constitua sedução, ou achando-se a mulher privada do uso da razão, ou dos sentidos...”, presente no CP de 1886. Sopesa ainda que, não obstante o Código Penal de 1886 incluir como meio típico a violência, exigia que a mesma fosse física, referência que desaparece com o novo Código de 1982. Por fim, resta ainda destacar o afastamento da exigência do caráter extramatrimonial da cópula para a consumação da violação e a inclusão do constrangimento à cópula com terceiros na norma legal constante no artigo 201.º do Código Penal de 1982.

Com o Código Penal de 1995 operou-se a maior transformação na matéria dos crimes sexuais. Esta alteração verificou-se ao nível do bem jurídico tutelado que, doravante, deixou de ser “... a honra ou a formação moral da vítima mas sim o seu direito a dispor livremente da sua sexualidade”⁹. Tal mudança de paradigma dos crimes sexuais encontra-se plasmado no Preâmbulo do Código Penal de 1995, que destaca que se abandonou a “concepção moralista ('sentimentos gerais de moralidade'), em favor da liberdade e autodeterminação sexuais, bens eminentemente pessoais”¹⁰, sendo que a inserção sistemática dos crimes sexuais, com a deslocação dos crimes sexuais do capítulo relativo aos “crimes contra os valores e interesses da vida em sociedade” para o capítulo referente aos “crimes contra as pessoas” traduziu uma das mudanças mais radicais no Código Penal de 1995¹¹.

FIGUEIREDO DIAS enunciou, no seio da Comissão Revisora, o credo do paradigma moderno liberal do Direito Penal sexual: as atividades sexuais entre adultos, em privado, agindo de livre vontade são lícitas¹². Esta nova preposição político-criminal é consequência de uma conceção que vê como “função exclusiva do direito penal a proteção subsidiária de bens jurídico-penais”¹³, de acordo com o art.º 40.º n.º 1 do CP e artigo 18.º n.º 2 da CRP. Os movimentos de criminalização e de descriminalização, bem como a legitimidade dos mesmos, resultam da íntima relação entre Constituição e crime, quer no que concerne ao tipo de Estado (Estado de Direito democrático), quer relativamente à “analogia substancial entre bem jurídico-penal e valores

⁹ ALVES, Sénio Manuel dos Reis, 1995

¹⁰ Ponto 7 do Preâmbulo do Código Penal de 1995

¹¹ ALVES, Sénio Manuel dos Reis, 1995

¹² DIAS, Jorge de Figueiredo, 1993, p. 246 e 247

¹³ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2012, p. 708

constitucionais”¹⁴, em estreita ligação com os princípios da dignidade e necessidade penal¹⁵. Nas palavras de MANUEL DA COSTA ANDRADE, “...só a liberdade e autodeterminação da expressão sexual pode valer como bem jurídico digno de tutela penal”.¹⁶

Sem prescindir da importância da alteração do bem jurídico protegido no âmbito do crime de violação, as alterações à norma legal abrangeram também o desaparecimento da contribuição da vítima para o facto como atenuante modificativa especial, bem como o alargamento das condutas alvo de punição, com a inclusão do constrangimento à prática do coito anal como ato análogo à cópula. Contudo, contrariamente à cópula, em que o agente do crime apenas poderia ser do sexo masculino e a vítima de sexo feminino, o coito anal abrange tanto as relações heterossexuais, como homossexuais, podendo a vítima ser tanto do sexo feminino, como masculino.¹⁷ Assim, a reforma de 1995 operou uma via *per mezzo*, mantendo-se o desenho do crime de violação tal como proposto pela Comissão, ou seja, a tutela típica do crime de violação apenas se referia à cópula, mas equiparou-se a moldura penal abstrata aplicável ao coito anal, no n.º 2 do art.º 164.º CP.¹⁸

Na perspetiva de TERESA PIZARRO BELEZA, o Código Penal de 1995 não constitui um novo código, mas apenas uma revisão do Código Penal de 1982, uma vez que as preocupações centrais não se alteraram. Esta autora defende que os limites gerais das penas não se alteraram significativamente, que a aposta nas medidas não detentivas se acentuou e que a descriminalização e neocriminalização mantiveram-se dentro dos limites contidos, tendo esta revisão sido desencadeada pelos desajustes entre as molduras penais abstratas dos crimes contra as pessoas e dos crimes patrimoniais.¹⁹ Contudo, tal opinião não é partilhada por SÉNIO ALVES, que defende que o CP de 1995 tem uma filosofia própria, com uma arrumação sistemática e uma preocupação punitiva diferente.²⁰

Todavia, independentemente de considerações acerca do alcance da reforma de 1995, importa reiterar o papel fulcral que a mesma teve na evolução do tipo legal da violação e na mudança de paradigma relativamente ao bem jurídico tutelado nos crimes

¹⁴ *Idem*, 2016, p. 250 a 266

¹⁵ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, 2017, p. 400 e CARVALHO, Américo Taipa de, 2008, p. 52 a 54

¹⁶ ANDRADE, Manuel da Costa, 1991, p. 395

¹⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2012, p. 746

¹⁸ *Idem*, 2012, p. 746

¹⁹ BELEZA, Teresa Pizarro, 1996, p. 159

²⁰ ALVES, Sénio Manuel dos Reis, 1995

sexuais, com a preterição da proteção de bens jurídicos ligados à moralidade, honra sexual e valores comunitários, para a efetiva proteção do bem jurídico individual “liberdade e autodeterminação sexual”.

Com a reforma de 1998, o legislador optou por estender o alcance da violação através de uma equiparação total entre a cópula, o coito anal e o coito oral. Contudo, as alterações ao tipo legal não ficaram pela equiparação das condutas puníveis. De facto, com a reforma de 1998, a conceção da autoria do tipo de ilícito deixou de fazer qualquer aceção do sexo.²¹ Se a violação consubstanciava um crime “eminentemente” feminino, uma vez que a vítima era obrigatoriamente feminina²² (com a exceção do disposto no número 2 do art.º 164.º do Código Penal de 1995), com a revisão de 1998 afastou-se qualquer menção ao género, tanto do sujeito ativo, como do sujeito passivo. A par destas alterações, surgiu também no n.º 2 do art.º 164.º do CP de 1998 a figura do assédio sexual, que tutelava as situações de abuso de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica ou de trabalho, por meio de ordem ou ameaça “não grave”. Da reforma de 1998 infere-se assim a consagração do bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual, independentemente do género da vítima.

O crime de violação, presente no art.º 164.º do CP, sofreu novas alterações com a Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro. No âmbito do n.º 2, estendeu-se a criminalização das condutas resultantes de situações de abuso de autoridade, com a inclusão do constrangimento de outra pessoa em virtude do aproveitamento de relação familiar, de tutela ou de curatela. Para além do alargamento de tutela da norma legal, os meios típicos em causa neste número deixaram de ser “ordem ou ameaça não compreendida no número anterior...” para se bastar com o “aproveitamento de temor que causou...”.

Por outro lado, a reforma de 2007 não se bastou com a expansão da proteção das situações decorrentes do abuso de autoridade, tendo procedido à inclusão das situações de constrangimento “a sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos”, tanto no número 1 como no número 2, apenas distinguindo-se da cópula, coito anal ou oral, pelo facto de não ter abarcado as situações em que a pessoa é constrangida à sua “prática”. Ora, esta clara distinção apenas permite incluir estas situações, no máximo, no âmbito do crime de coação sexual, presente no art.º 163.º do CP.²³ Esta equiparação entre

²¹ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2012, p. 746

²² LOPES, José Mouraz e Tiago Caiado MILHEIRO, 2015, p. 58

²³ *Idem*, 2015, p. 62

a “introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos” reflete a clara tendência da parte do legislador em afastar-se do conceito típico de violação, paradigmaticamente associado à cópula. Na ótica de FIGUEIREDO DIAS, deveria chegar-se à conclusão da eliminação da autonomia e da especificidade típicas do crime de violação, com a inclusão destas condutas típicas no crime de coação sexual, através da agravação-regra da coação sexual, com o auxílio da técnica dos exemplos-padrão.²⁴

A última alteração ao crime de violação ocorreu com a Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto, que vem no sentido imposto pelo art.º 36.º da Convenção de Istambul e que alterou o n.º 2 do art.º 164.º do Código Penal. Com esta reforma ao artigo, o número 2 deixou de tutelar as situações associadas ao assédio sexual, prescindindo da referência aos casos de abuso de autoridade, remetidos para a alínea b) do art.º 177.º do CP, como agravação das penas previstas nos artigos 163.º a 165.º e 167.º a 176.º do Código Penal. Assim, o n.º 2 do art.º 164.º do CP estendeu a sua proteção a todas as situações em que ocorresse o constrangimento de outra pessoa, por meio não compreendido no n.º 1, a sofrer ou praticar alguma das condutas puníveis. Todavia, as alterações ao n.º 2 do crime de violação não se bastaram com a alteração do tipo legal. De facto, em virtude da mudança de condutas protegidas pelo tipo, o legislador optou por aumentar a moldura penal abstrata relativa ao n.º 2 do art.º 164.º do Código Penal, estabelecendo o limite mínimo de 1 ano e máximo de 6 anos.

Importa ainda destacar que, com a reforma de 1995, SÉNIO ALVES afirmou que a vontade passou a delimitar a fronteira entre o lícito e o ilícito²⁵. Contrariamente, e na nossa opinião bem, JOSÉ MOURAZ LOPES e TIAGO CAIADO MILHEIRO defenderam que, mesmo com a revisão de 2015, ainda não seria a ausência de consentimento que relevaria como fronteira entre o ato criminal e não criminal, apesar do consentimento passar a configurar um elemento crucial do ilícito²⁶.

Todavia, sempre será de salientar que, com esta nova formulação, o crime de violação ganhou novos contornos e ampliou a criminalização a condutas que, previamente, não seriam enquadradas nesta norma legal.

²⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2012, p. 747 e 748. Em sentido contrário, recentemente tem sido defendido que o crime de violação deveria ser o crime-base. O crime de coação sexual deveria ser configurado com o caráter de tipo privilegiado por referência ao crime de violação, Parecer sobre o Projeto de Lei n.ºs 1047/XIII/4ª da Associação Portuguesa de Mulheres Juristas, 2019, p. 3

²⁵ ALVES, Sénio Manuel dos Reis, 1995

²⁶ LOPES, José Mouraz e Tiago Caiado MILHEIRO, 2015, p. 67

CAPÍTULO II – Convenção de Istambul e o seu artigo 36.º

No ordenamento jurídico português, as normas constantes de convenções internacionais, regularmente ratificadas ou aprovadas, vigoram após a sua publicação oficial, tal como decorre do n.º 2 do art.º 8.º da CRP. Uma das convenções internacionais que entrou em vigor na ordem interna foi a Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica, popularizada como *Convenção de Istambul*, que foi aprovada em Istambul a 11 de maio de 2011 e ratificada por Portugal a 21 de janeiro de 2013.

Portugal foi um dos primeiros Estados a ratificar este instrumento internacional, que, de acordo com MARIA CLARA SOTTOMAYOR, “reflete um avanço ideológico e simbólico na teorização da violência contra as mulheres, ultrapassando-se a linguagem neutra em relação ao género, que tem sido adotada na legislação nacional...”²⁷. Esta Convenção, que aspira a “uma Europa livre de violência doméstica e violência contra as mulheres”²⁸, estabeleceu no seu Preâmbulo o intuito de incidir sobre o problema da “natureza estrutural da violência exercida contra as mulheres ser baseada no género” e nas “relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens”²⁹.

Neste sentido, a Convenção de Istambul fixou no número 1 do artigo 4.º que “As Partes deverão adotar as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para promover e proteger o direito de cada pessoa, em especial das mulheres, de viver sem violência, tanto na esfera pública como na esfera privada.”. A Convenção de Istambul entrou em vigor em Portugal a 1 de agosto de 2014, tendo sido necessário proceder-se a alterações na ordem jurídica portuguesa que dessem resposta às suas imposições, nomeadamente quanto à matéria da violência sexual, o que ocorreu com a Lei n.º 83/2015.

De acordo com TERESA PIZARRO BELEZA, “A Convenção contém uma série de disposições que vão muito além da exigência de ‘simples’ criminalização (...) o que poderá levantar algumas questões de compatibilidade constitucional... mas também de regulação substancial, num sistema de Direito Penal dito de intervenção mínima.”³⁰. Contudo, não nos parece, tal como também defendeu TERESA PIZARRO BELEZA, que de alguma forma se

²⁷ SOTTOMAYOR, Maria Clara, 2015, p. 106

²⁸ Preâmbulo da Convenção de Istambul

²⁹ Preâmbulo da Convenção de Istambul

³⁰ BELEZA, Teresa Pizarro, 2016, p. 18

levante este problema, uma vez que é a Assembleia da República que aprova tanto as convenções internacionais como as alterações em matéria penal.

Não obstante a Convenção de Istambul ter tido um papel inovador na teorização da violência contra as mulher, sempre será de destacar a maior facilidade do Parlamento em criminalizar condutas associadas a culturas não europeias do que em criminalizar “formas de violência sexual mais subtis contra as mulheres e cuja incriminação implicará restrições ao que tem sido considerado uma liberdade “natural” ou um privilégio dos homens”³¹, como é o caso do assédio sexual e do alargamento do conceito de coação sexual e de violação a todos os atos sexuais não consentidos.

Importa-nos, assim, focar o que concerne o crime de violação, presente na Convenção de Istambul no artigo 36.º, com a epígrafe “Violência sexual, incluindo violação” e que estabelece que: “1. As Partes deverão adotar as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para assegurar a criminalização da conduta de quem intencionalmente: a) Praticar a penetração vaginal, anal ou oral, de natureza sexual, de quaisquer partes do corpo ou objetos no corpo de outra pessoa, sem consentimento desta última; b) Praticar outros atos de natureza sexual não consentidos com uma pessoa; c) Levar outra pessoa a praticar atos de natureza sexual não consentidos com terceiro. 2. O consentimento tem de ser prestado voluntariamente, como manifestação da vontade livre da pessoa, avaliado no contexto das circunstâncias envolventes. 3. As Partes deverão adotar as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para assegurar que as disposições do n.º 1 também se aplicam a atos praticados contra os cônjuges ou companheiros ou contra os ex-cônjuges ou ex-companheiros, em conformidade com o direito interno.”³²

Destarte, é possível identificar-se a obrigatoriedade das Partes adotarem legislação nacional que criminalize as condutas previstas no art.º 36.º da Convenção de Istambul. Realça este artigo a importância atribuída a todos os tipos de atos de natureza sexual, não especificando a necessidade de os mesmos constituírem atos sexuais de relevo. Segundo MANUEL SIMAS SANTOS e MANUEL LEAL-HENRIQUES, abrange “todas as formas de atos sexuais impostos intencionalmente a terceiros...”³³.

³¹ SOTTOMAYOR, Maria Clara, 2016, p. 73

³² (*Sublinhado nosso*)

³³ SANTOS, Manuel José Carrilho de Simas e Manuel de Oliveira LEAL-HENRIQUES, 2016, p. 481

Todavia, o maior avanço dado por esta Convenção relaciona-se com a incriminação destas condutas operar, tão só, pela ausência do consentimento. De facto, a Convenção de Istambul não faz qualquer menção à prática de meios típicos de constrangimento. Em vez disso, radica a criminalização destas condutas na “mera” inobservância do consentimento da outra pessoa. Para além disso, importa ainda destacar que a Convenção adota uma noção de consentimento da vítima assente no contexto das circunstâncias em que foi concedido, seguindo assim o critério estabelecido pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, especificamente em *M.C. vs. Bulgária*³⁴, e pela Recomendação Rec (2002) 5 do Comité de Ministros do Conselho da Europa aos Estados Membros sobre proteção das mulheres contra a violência³⁵, não sendo o consentimento valorado se prestado de outra forma. Desta forma, o artigo 36.º retira a importância do uso ou não da força do agressor e da resistência ou não da vítima para assentar na existência ou não do consentimento livre, tendo em consideração as circunstâncias envolventes.

Concluindo, de acordo com CONCEIÇÃO CUNHA, resulta deste artigo que “o bem jurídico a ser tutelado é a *liberdade sexual*, pois os comportamentos sexuais devem ser criminalizados quando limitarem a liberdade sexual da vítima; ou seja, o que se criminaliza é o relacionamento sexual (em sentido amplo, englobando diversos atos sexuais) que não seja praticado de acordo com a *vontade livre* das pessoas envolvidas”³⁶. Assim, a Convenção de Istambul efetivou na sua plenitude a defesa do bem jurídico liberdade sexual, prescindindo da execução de meios típicos de constrangimento e definindo expressamente a ausência de consentimento como a fronteira entre o ato criminal e não criminal.

³⁴ De acordo com Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no caso *M.C. vs. Bulgária*, o uso ou ameaça de uso de violência demonstram inequivocamente a ausência de consentimento mas não são *per se* elementos constitutivos do crime de violação e que o não consentimento não tem de ser expresso por resistência física, bastando palavras ou gestos

³⁵ O teor da Recomendação Rec (2002) 5 do Comité de Ministros do Conselho da Europa aos Estados membros sobre proteção das mulheres contra a violência insta os Estados membros a penalizar “qualquer ato de carácter sexual cometido contra uma pessoa sem o seu consentimento, mesmo que esta não dê sinais de resistência”

³⁶ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, 2016, p. 133

CAPÍTULO III – Tipo legal do crime de violação

1. Distinção entre os crimes contra a liberdade sexual e os crimes contra a autodeterminação sexual

Tal como foi destacado, o Código Penal de 1995 alterou substancialmente a inserção dos “crimes sexuais” no Código Penal, que se repercutiu essencialmente na alteração do bem jurídico protegido nos crimes em causa. Deste modo, com a deslocação destes crimes sexuais para o capítulo “Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”, passou a tutelar-se um bem jurídico individual, assente na liberdade e autodeterminação sexual dos indivíduos, como parte integrante do direito geral da personalidade, decorrente da eminente dignidade humana.³⁷

Este Código Penal dividiu o presente capítulo em 3 secções: crimes contra a liberdade sexual; crimes contra a autodeterminação sexual; e disposições comuns. Atualmente, a menção às disposições comuns desapareceu, existindo apenas duas secções neste capítulo. Esta alteração parece-nos, no mínimo, criticável, dado que os artigos 177.º e 178.º do CP, referentes à agravação e à queixa, aludem aos preceitos legais que integram as duas secções prévias e não apenas à secção referente aos crimes contra a autodeterminação sexual, parecendo-nos, assim, errada a sua inclusão nesta secção.

Não obstante, a maior controvérsia desta divisão advém da determinação do bem jurídico protegido. Contrariamente ao que a divisão entre secções parece indiciar, o bem jurídico tutelado na secção I não corresponde à liberdade sexual e o da secção II à autodeterminação sexual.³⁸ Segundo FIGUEIREDO DIAS, “a secção I protege a liberdade (e/ou autodeterminação) sexual de *todas* as pessoas, sem fazer aceção de idade; enquanto a secção II estende essa proteção a casos que ou não seriam crime se praticados entre adultos, ou o seriam dentro de limites menos amplos, ou assumiriam em todo o caso uma menor gravidade; e estende-a porque a vítima é (...) um *menor* de certa idade”.³⁹

³⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2012, 712

³⁸ Neste sentido, *Idem*, 2012, p. 711 e 712. Em sentido contrário, DUARTE, Jorge Manuel Vaz Monteiro Dias 1999, p. 80

³⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2012, p. 711

Ora, a criminalização de comportamentos que não seriam crimes se praticados entre adultos resulta da especial proteção estendida aos menores, dada a sua particular vulnerabilidade.⁴⁰ Independentemente da secção II⁴¹ proteger a liberdade e autodeterminação sexual destes menores, esse bem jurídico encontra-se intrinsecamente associado a outro bem jurídico: o “livre desenvolvimento da personalidade do menor, em particular na esfera sexual”⁴². MOURAZ LOPES realça a importância concedida por estes tipos legais de crime, uma vez que está em causa “o direito à proteção da sexualidade numa fase inicial ou em desenvolvimento que, pelo suas características, é carecida de tutela jurídica”⁴³. Contudo, não nos parece que seja correto afirmar-se que o bem jurídico “livre desenvolvimento da personalidade do menor, em particular na esfera sexual” está exclusivamente associado à secção II. Parece inquestionável que, quando as vítimas dos crimes previstos na secção I são menores, não se tutela apenas a liberdade e autodeterminação dos mesmos, mas também o livre desenvolvimento da sua personalidade. Nestes termos, parece pacífico que este bem jurídico é tutelado, nos crimes sexuais, em função da vítima e não da sua inserção sistemática no capítulo dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual.

A proteção do livre desenvolvimento da personalidade do menor encontra-se também plasmada no n.º 1 do artigo 69.º da Constituição da República Portuguesa, que estabelece que “As crianças têm direito à proteção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral...”.⁴⁴ Ora, decorre desta imposição constitucional a necessidade do Estado assegurar o livre desenvolvimento dos menores, bem como o respeito pelos seus direitos, o que inclui a sua integridade física e psíquica.

Tal proteção do Estado repercute-se na natureza dos crimes em causa, que, como regra, têm natureza semipública. No entanto, a natureza semipública desaparece quando as vítimas são menores, tendo o legislador fixado a natureza pública dos “crimes contra a

⁴⁰ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, 2002, p. 354

⁴¹ Os crimes presentes na secção II, do capítulo V, do título I, do livro II são, na opinião de FIGUEIREDO DIAS e da doutrina maioritária, crimes de perigo abstrato, dado que o “perigo concreto para o desenvolvimento ... do menor pode vir a não ter lugar, sem que com isto a integração pela conduta do tipo objetivo de ilícito fique afastada”, DIAS, Jorge de Figueiredo, 2012, p. 835. Em sentido oposto, LEITE, Inês Ferreira, 2011, p. 52 e PATTO, Pedro Vaz, 2001, p. 137 defendem que estes crimes são crimes de dano. Por fim, no sentido de que os crimes sexuais contra menores são crimes de perigo abstrato de índole especial, dado que o perigo, para além de não ser em concreto presumido, também não é sequer, em nenhum caso, suscetível de ser avaliado, MAURACH (R.) e SCHRÖDER (F. Ch.), 1977, p. 171 *cit. por* ANDRADE, Manuel da Costa, 1991, p. 396

⁴² DIAS, Jorge de Figueiredo, 2012, p. 711

⁴³ LOPES, José Mouraz, 2008, p. 115

⁴⁴ No mesmo sentido, esta imposição constitucional alastra à proteção da juventude – art.º 70.º da CRP

autodeterminação sexual”, com exceção do art.º 173.º do CP, de acordo com o n.º 3 do artigo 178.º CP. De facto, os crimes sexuais presentes na secção I do capítulo V, com exceção dos art.º 166.º e 169.º do CP, são crimes semipúblicos, em virtude da especial ponderação dos interesses pessoais da vítima⁴⁵, nomeadamente pelo facto de o processo contender “de uma forma particular com a esfera da intimidade, pelo que à vítima cabe decidir se ao mal do crime lhe convém juntar o que pode ser o desvelamento da sua intimidade e da consequente estigmatização processual”⁴⁶. Em sentido oposto, os crimes previstos na secção II do capítulo V, com exceção do art.º 173.º do CP, são crimes públicos, dada a especial vulnerabilidade da vítima, particularmente face ao não exercício do direito de queixa por razões alheias ao seu interesse⁴⁷. Todavia, apesar dos crimes previstos na secção correspondente aos “crimes contra a liberdade sexual” serem crimes de natureza semipública⁴⁸, com exceção do art.º 166.º e 169.º, estes crimes passam a ter natureza pública quando as vítimas são menores, nos termos do n.º 1 do art.º 178.º. Esta exceção atinente à natureza do crime deriva da especial proteção conferida aos menores e ao bem jurídico “livre desenvolvimento da personalidade do menor”.

Contrariamente ao que a maioria da doutrina defende, MUÑOZ CONDE adverte que o bem jurídico protegido na secção II do capítulo V não poderá estar relacionado com a liberdade sexual, dado os menores carecerem dessa liberdade.⁴⁹ Contudo, tal afirmação não nos parece correta. De facto, a liberdade sexual é um direito constitucionalmente consagrado, vertido nos artigos 25.º e 26.º da Constituição República Portuguesa. Assim, importa ainda referir que a liberdade sexual é protegida na sua vertente positiva, ou seja, no direito atribuído a cada sujeito de “dispor livremente da sua sexualidade e exercê-la (...) sempre sem prejuízo dos direitos de terceiros” de acordo com CARMO DIAS⁵⁰; e na sua vertente negativa, que segundo ANA ALFAIATE, constitui o “direito de cada sujeito a não suportar de outrem qualquer tipo de intromissão por meio de atos para os quais não tenha manifestado

⁴⁵ LOPES, José Mouraz e Tiago Caiado MILHEIRO, 2015, p. 51

⁴⁶ ANTUNES, Maria João, 2012, p. 896

⁴⁷ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, 2017, p. 166. Em sentido oposto, defendendo os perigos da revitimização da pessoa em desenvolvimento e que se afigura excessiva a natureza pública para vítimas até aos 18 anos, ANTUNES, Maria João, 2012, p. 898 e 899

⁴⁸ Sem embargo da natureza semipública dos crimes previstos nos artigos 163.º e 164.º do CP, o n.º 2 do art.º 178.º permite ao Ministério Público iniciar o procedimento pelos crimes em causa, no prazo de seis meses desde a data de conhecimento do facto e dos seus autores, sempre que o interesse da vítima o aconselhe.

⁴⁹ CONDE, Francisco Muñoz, 2001, p. 196

⁵⁰ DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, 2008, p. 221. No mesmo sentido, defendendo que se expressa “pelo comprometimento livre e autêntico em forma de comunicação intersubjetiva”, ANDRADE, Manuel da Costa, 1991, p. 395

concordância”⁵¹, seja esta física ou moral⁵². Ora, apesar de os menores ainda se encontrarem numa fase de desenvolvimento da personalidade, defender-se que ainda não possuem qualquer tipo de liberdade sexual parece-nos excessivo, dado os mesmos continuarem a ter o direito a não suportar de outrem qualquer tipo de intromissão por si dissentida. Tal como defende CONCEIÇÃO CUNHA, a capacidade para consentir e capacidade para dissentir podem não se identificar completamente⁵³. Portanto, a secção II encontra-se intimamente ligada à falta de capacidade para consentir das vítimas menores e, subsequentemente, à impossibilidade de exercerem a sua liberdade sexual na vertente positiva.

Por outro lado, CARMO DIAS sustém que, uma vez que a divisão do capítulo referente à liberdade e autodeterminação sexual se deve ao facto da secção II ancorar a criminalização de condutas na menoridade das vítimas, seria mais correto uma epígrafe como “crimes contra menores”⁵⁴. Não seguimos, contudo, esta interpretação. De facto, as epígrafes do Código Penal não correspondem ao tipo de vítima, mas ao bem jurídico tutelado, sendo ainda certo que, apesar de estar associado à proteção do livre desenvolvimento da personalidade do menor, o bem jurídico protegido é o da liberdade e autodeterminação sexual. Sopesa ainda que, não obstante os sujeitos protegidos na secção II serem menores, estes também poderão ser vítimas de condutas puníveis na secção I. Deste modo, uma secção intitulada de “crimes contra menores” entraria em contradição com a punibilidade dos crimes previstos na secção I quando praticadas contra menores.

Explanada a diferenciação entre os crimes contra a liberdade sexual e os crimes contra a autodeterminação sexual, resta-nos analisar o enquadramento do crime de violação no seio dos crimes contra a liberdade sexual.

2. Semelhanças e diferenças entre a coação sexual e a violação

O crime de violação, previsto no art.º 164.º do CP, encontra-se intrinsecamente

⁵¹ ALFAIATE, Ana Rita, 2009, p. 86. Em conformidade, destacando que consiste no direito a resistir de imposições não queridas, ou seja, a titularidade da liberdade de não suportar condutas que agridam ou constriam a esfera sexual da pessoa, ANDRADE, Manuel da Costa, 1991, p. 395

⁵² NAVARRETE, Miguel Polaino, 1975, p. 46

⁵³ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da Cunha, 2016, p. 145

⁵⁴ DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, 2006, p. 213

relacionado com o crime de coação sexual (art.º 163.º do CP). Tradicionalmente, o crime de violação era o caso paradigmático dos crimes sexuais, sendo a única conduta punível a cópula, intimamente conexas com a possibilidade de gravidez, que constituía um ataque grave ao pudor e honra da vítima, tanto a nível individual, como social⁵⁵. Por outro lado, as condutas atualmente punidas pelo crime de coação sexual apenas poderiam integrar o crime de “atentado ao pudor com violência”, previsto no art.º 205.º do CP de 1982. O “atentado ao pudor”, de acordo com o n.º 3 do art.º 205.º do CP de 1982, correspondia ao “...ato que viola, em grau elevado, os sentimentos gerais de moralidade sexual”, encontrando-se inevitavelmente subjacente ao conjunto de regras que disciplinavam o comportamento humano ligado ao sexo numa dada sociedade⁵⁶.

Como vimos, com o Código Penal de 1995, operou-se a maior revolução no que concerne os crimes sexuais, com a alteração da sua inserção sistemática e do bem jurídico protegido, que passou a ser a liberdade e autodeterminação sexual individual. Assim, «deixou o legislador de falar em “atentado ao pudor” para utilizar a fórmula “ato sexual de relevo”»⁵⁷. Destarte, os crimes de coação sexual e violação passaram a configurar “o núcleo da proteção da liberdade sexual”⁵⁸, constituindo a coação sexual o tipo fundamental e a violação um caso especial de coação sexual, mais grave pelo especial relevo atribuído aos atos sexuais em causa⁵⁹. De acordo com MARIA DO CARMO DIAS, o “bem jurídico protegido é o mesmo, ou seja, a liberdade da pessoa escolher o seu companheiro ou parceiro sexual e de dispor livremente do seu corpo” e a especialização consiste em “particulares atos sexuais de relevo, considerados os mais graves, cujo relevo é determinado e representa a mais importante limitação da liberdade sexual da vítima”⁶⁰. Em síntese, o crime de coação sexual, do artigo 163.º do Código Penal, e o crime de violação, presente no artigo 164.º do Código Penal, apresentam a mesma estrutura, meios típicos de constrangimento e bem jurídico protegido, apenas diferindo no que respeita aos atos sexuais de relevo tutelados e às suas molduras penais.

Face ao exposto, importa antes de mais compreender que estes tipos legais de crime não criminalizam todos os atos sexuais, mas apenas os que são considerados de relevo.

⁵⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2012, p. 743

⁵⁶ SANTOS, Manuel José Carrilho de Simas e Manuel de Oliveira LEAL-HENRIQUES, 2016, p. 463

⁵⁷ *Idem*, 2016, p. 463

⁵⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2012, p. 716

⁵⁹ Garcia, M. Miguez e J. M. Castela RIO, 2014, p. 679. No mesmo sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo, 2012, p. 716

⁶⁰ DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, 2008, p. 223

Previamente, destaca-se que a definição do que é um ato sexual não é unânime, realçando-se a existência de 3 posições: objetiva, subjetiva e mista. Em conformidade com a interpretação objetivista, os atos sexuais são todos aqueles que, pela sua manifestação externa, possam ser conotados com a sexualidade; de acordo com a interpretação subjetiva, mais estrita, importa ainda a intenção *libidinosa*, ou seja, a intenção do agente de despertar ou satisfazer a excitação sexual; por fim, a interpretação mista, menos exigente, integra no conceito tanto a aceção objetiva, como a subjetiva⁶¹. Não obstante existirem posições diversas, sempre atenderemos à definição de FIGUEIREDO DIAS, que estabelece que um ato sexual é “todo aquele... que, de um ponto de vista predominantemente objetivo assume uma natureza, um conteúdo ou um significado diretamente relacionados com a esfera da sexualidade e, por aqui, com a liberdade de determinação sexual de quem o sofre ou o pratica”⁶². Destarte, para a determinação dos atos sexuais dá-se uma clara prevalência à interpretação objetiva⁶³, apesar do mesmo autor considerar que, em alguns casos, sempre teremos de atender à sua conotação subjetiva⁶⁴.

Em harmonia com o *supra* referido, ressalva-se que para as condutas integrarem os crimes de coação sexual e violação, sempre terá de se atender à sua “relevância”. O relevo presente no tipo legal tem uma função positiva, exigindo um certo grau de perigosidade da conduta para com o bem jurídico tutelado⁶⁵, ofendendo “séria e gravemente a intimidade e liberdade sexual do sujeito passivo”⁶⁶, e uma função negativa, afastando da tipicidade atos insignificantes, bagatelares⁶⁷ e condutas que, por não serem de relevo, constituem contactos de natureza sexual, puníveis pelo art.º 170.º CP.

Com efeito, com a reforma de 1995, surgiu o crime de coação sexual, que visa punir o constrangimento à prática de atos sexuais de relevo. Com o abandono da fórmula do “atentado ao pudor” e a inclusão do “ato sexual de relevo”, o legislador tomou uma postura de rutura com a tutela da moral social e com a imprecisão oferecida por esse conceito. Se a determinação de que condutas integram o ato sexual de relevo ainda constitui um desafio, estas dificuldades são mais suscetíveis de serem ultrapassadas do que as que derivavam do

⁶¹ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2012, p. 718

⁶² *Idem*, 2012, p. 718 e 719

⁶³ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, 2015, p. 640

⁶⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2012, p. 719

⁶⁵ *Idem*, 2012, p. 720

⁶⁶ SANTOS, Manuel José Carrilho de Simas e Manuel de Oliveira LEAL-HENRIQUES, 2016, p. 464

⁶⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2012, p. 719

conceito de atentado ao pudor⁶⁸. Não obstante a alteração dos conceitos, SÉNIO ALVES defendeu que o ato sexual de relevo é “todo o comportamento destinado à libertação e satisfação dos impulsos sexuais que ofende, em grau elevado, o sentimento de timidez e vergonha comum à generalidade das pessoas.”⁶⁹. Todavia, não poderemos seguir esta posição, uma vez que, tal como defende FIGUEIREDO DIAS, seria totalmente inaceitável o reenvio para a “moralidade sexual”, dado o facto de se ter abandonado o relevo atribuído ao carácter moralmente negativo, censurável ou pecaminoso, para conferir maior relevo ao grau de perigosidade da ação para o bem jurídico tutelado.⁷⁰ Importa ainda destacar a posição intermédia assumida por JOSÉ MOURAZ LOPES e TIAGO CAIADO MILHEIRO, que estabeleceram que, apesar da nova fórmula pretender libertar-se do conteúdo moral, não se poderá prescindir da referência a conceitos valorativos sociais.⁷¹

Finalizando, importa ainda frisar que, nas palavras de NATSCHERADETZ, “o Direito penal só deve intervir para a defesa dos bens jurídicos indispensáveis à coexistência dos homens.”⁷², tendo RUDOLPHI estabelecido quatro princípios como limite ao direito penal enquanto meio de proteção de bem jurídicos: adequação dos meios à efetiva proteção dos bens jurídicos; utilização do meio relativamente mais suave; princípio da subsidiariedade; e interesse preponderante⁷³. Ora, de acordo com FIGUEIREDO DIAS, as condutas que não se revelam idóneas a violar este bem jurídico de maneira suficientemente importante, ou seja, que não sejam atos sexuais de relevo, como os contactos de natureza sexual, não deveriam ser criminalizadas⁷⁴.

Contudo, tal posição não é pacífica, não tendo o legislador nacional optado por seguir este entendimento. Com a revisão de 2007, os contactos de natureza sexual, apesar de não constituírem atos sexuais de relevo, passaram a estar criminalizados pelo art.º 170.º do Código Penal, visto que os mesmos eram aptos a ofender a liberdade sexual das vítimas. Destarte, parece-nos essencial destacar que, apesar de os diferentes atos sexuais possuírem diferentes graus de gravidade, enquadrando-se em diferentes tipos legais, a ofensa ao bem jurídico “liberdade e autodeterminação sexual” bastou para a criminalização, pelo legislador, destes atos.

⁶⁸ *Idem*, 2012, p. 720 e 721

⁶⁹ ALVES, Sénio Manuel dos Reis, 1995

⁷⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2012, p. 721

⁷¹ LOPES, José Mouraz e Tiago Caiado MILHEIRO, 2015, p. 37 a 39

⁷² NATSCHERADETZ, Karl Prelhaz, 1985, p. 89

⁷³ RUDOLPHI, 1981, p. 7 e ss. *cit. por* NATSCHERADETZ, Karl Prelhaz, 1985, p. 118

⁷⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2012, p. 825 a 827, e DIAS, Jorge de Figueiredo, 2005, p. 65 e 66

3. Alargamento das condutas puníveis pelo artigo 164.º do CP

O crime de violação, tal como o crime de coação sexual, pune condutas que constringam a vítima a sofrer ou praticar atos sexuais de relevo. Porém, o crime de violação diferencia-se do crime de coação sexual pela especialidade das condutas em causa. Tradicionalmente, a única conduta que integrava o crime de violação era a cópula, mas, com as sucessivas revisões ao Código Penal, verificou-se um progressivo alargamento do crime, englobando, atualmente, o coito anal, oral e a introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos. Esta alteração teve origem numa visão mais abrangente da tutela jurídico-penal da liberdade sexual e que se desliga da visão social e cultural que associava à violação consequências que ultrapassavam o atentado à liberdade e autodeterminação da mulher, como a procriação e valorização da maternidade⁷⁵. Esta posição preterida era sustentada por COSTA ANDRADE, que salientava que a gravidez não podia representar só uma normal circunstância agravante e que a violação tradicional não protege só a liberdade sexual, mas também a liberdade de só ser mãe quando se deseja⁷⁶. Todavia, tal não foi a posição seguida pelo legislador nacional que atendeu às inúmeras críticas à conceção típica do crime de violação. Tais críticas iam no sentido de considerar que a gravidez se tinha tornado menos provável e que consistia uma consequência extra típica que não deveria ter influência na especialização do bem jurídico, nem na modelação concreta do tipo legal de crime; que já não era adequado encarar a cópula como o ataque mais pesado à liberdade sexual; e que era inadmissível a aceção do género na violação, considerando que só as mulheres podiam ser vítimas de tal crime⁷⁷.

Isto posto, importa analisar as diferentes condutas puníveis pelo crime de violação. Apesar da cópula ter sido a primeira conduta a ser criminalizada, nem por isso deixa de levantar questões na doutrina. De facto, de acordo com FIGUEIREDO DIAS, a cópula consiste na introdução da vagina pelo pénis, não podendo, assim, a simples intromissão entre os grandes e pequenos lábios, ou seja, a cópula vulvar, ser considerada cópula⁷⁸. Em sentido oposto, SÉNIO ALVES defende que a cópula vulvar se integra no conceito de cópula, presente no art.º 164.º CP, uma vez que o que está em causa é o seu sentido jurídico-

⁷⁵ LOPES, José Mouraz e Tiago Caiado MILHEIRO, 2015, p. 59

⁷⁶ ANDRADE, Manuel da Costa, 1993, p. 246

⁷⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2012, p. 744

⁷⁸ *Idem*, 2012, p. 749 e 750

normativo⁷⁹.

Sopesa ainda que parte da doutrina alude também à existência ou não de *emissio seminis* para a prática de cópula. Não nos parece, contudo, que a tal possa ser atribuída relevância típica, visto que esta relevância é conferida pela penetração e não pela ejaculação⁸⁰. Destarte, parece-nos evidente que a cópula sem *emissio seminis* se integra no conceito de cópula presente na norma legal em causa, uma vez que, independentemente de haver ejaculação, a penetração do órgão feminino pelo órgão masculino se encontra realizada. Assim, enquanto a cópula sem *emissio seminis* cai dentro da tipicidade do crime de violação, a cópula vulvar, ainda que com *emissio seminis*, não poderá ser considerada cópula para efeitos penais⁸¹, apenas podendo integrar o crime de coação sexual, presente no art.º 163.º do CP.

Como já foi sucintamente referido, com a reforma de 1995 e 1998, respetivamente, o coito anal e o coito oral foram equiparados à cópula, integrando o crime de violação. Previamente, o artigo 205.º do Código Penal de 1982, com a epígrafe “atentado ao pudor com violência”, agregava o coito anal e o coito oral. Com o Código de 1995, o coito anal foi equiparado à cópula para efeitos de punição pelo crime de violação, de acordo com o artigo 164.º n.º 2 do CP, e o coito oral passou a ser protegido pelo crime de coação sexual, presente no art.º 163.º CP, visto que consistia num ato sexual de relevo. Com a revisão de 1998, tanto o coito anal, como o coito oral passaram a integrar o crime de violação, com a sua total equiparação à cópula.

Importa ainda referir que, antes da revisão de 2007, discutia-se acerca da necessidade da penetração, tanto relativamente ao coito oral, como ao coito anal, necessitar ou não de ser por pénis, tendo FIGUEIREDO DIAS, na nossa opinião corretamente, defendido a necessidade do coito ser por órgão sexual masculino⁸². Tal como *supra* referido em relação à cópula, também o coito anal e oral acarretam a introdução do ânus e da boca pelo pénis, não bastando a fricção do pénis, ainda que isso importe a ejaculação.

No que concerne à “introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos”, esta conduta foi inserida no crime de violação com a revisão ao Código Penal de 2007. Anteriormente, de acordo com JOSÉ MOURAZ LOPES e TIAGO CAIADO MILHEIRO,

⁷⁹ ALVES, Sénio Manuel dos Reis, 1995

⁸⁰ LOPES, José Mouraz e Tiago Caiado MILHEIRO, 2015, p. 61

⁸¹ GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, 2007, p. 631

⁸² DIAS, Jorge de Figueiredo, 2012, p. 750

a introdução de objetos poderia apenas integrar o crime de coação sexual caso o objeto tivesse “natureza” sexual ou fosse usado em circunstâncias de envolvimento sexual⁸³. Com a introdução desta conduta no âmbito do crime de violação, resolveram-se todas as dúvidas quanto à necessidade de o coito se efetuar mediante a penetração do órgão sexual masculino. Contudo, a inserção desta conduta neste crime motivou inúmeras críticas relativas à ausência da tipificação da introdução de partes do corpo ou objetos na boca. De facto, parece claro que o legislador não quis atribuir a mesma relevância à introdução de partes do corpo ou objetos na boca, o que nos parece altamente criticável, já que, por um lado, a mesma evidencia um conteúdo de ilícito suficientemente pesado para a liberdade sexual da vítima para integrar o ilícito e, por outro lado, parece relativizar o coito oral quando comparado com a cópula e coito anal.

Sucedendo que, a “introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos”, presente na alínea b) do art.º 164.º, se distingue da cópula, coito anal e coito oral, em virtude de só incluir o constrangimento da vítima a sofrer a introdução, não protegendo o constrangimento da vítima à prática de tal conduta. Destarte, esta conduta não se poderá integrar no conceito de violação, sendo considerada um ato sexual de relevo, para efeitos do art.º 163.º do CP. Esta opção não merece grandes elogios da nossa parte, parecendo-nos um claro erro legislativo. Reitera-se que, mais uma vez, o legislador optou por dar “meio passo”, apenas enquadrando neste tipo legal o constrangimento da vítima a sofrer a introdução. Neste sentido, o legislador parece relativizar o constrangimento da vítima à “introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos”, aparentando existir um diferente grau de ilicitude relativamente à cópula, coito anal e coito oral.

Ora, com esta diferenciação, o legislador criou também uma clara clivagem entre o constrangimento da vítima a praticar e a sofrer, visto que criminaliza “mais severamente” a conduta que implique o constrangimento a sofrer. Assim, não podemos deixar de nos questionar se tal posição será também seguida pela jurisprudência para a determinação da pena concreta relativamente à cópula, coito anal e coito oral, não obstante o art.º 164.º do CP não estabelecer essa diferenciação.

Importa ainda mencionar que os objetos em causa podem ou não ter conotação sexual, bastando o mero reconhecimento por terceiro como ato sexual⁸⁴. Ora, deste modo, prescinde-

⁸³ LOPES, José Mouraz e Tiago Caiado MILHEIRO, 2015, p. 61

⁸⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2012, p. 723 e 750

se uma vez mais do acompanhamento consciente do carácter sexual do ato pela vítima, desde que a mesma seja constrangida. Por fim, resta-nos ainda referir que, segundo MARIA DO CARMO SILVA DIAS, objetos serão todos aqueles que “tenham aptidão para entrar nas cavidades vaginal ou anal”⁸⁵, o que inclui animais e produtos vegetais, bem como partes de um cadáver ou próteses⁸⁶. Todavia, não podemos deixar de discordar da opinião evidenciada, principalmente à luz da Lei n.º 8/2017, de 3 de março, que estabeleceu o estatuto jurídico dos animais, distinguindo-os, doravante, das coisas.

Saliente-se ainda a importância atribuída ao contacto entre a vítima e o agente para a atribuição de relevância ao ato sexual. De facto, o crime de violação estabelece o constrangimento de outra pessoa a “...sofrer ou praticar, consigo ou com outrem...”, excluindo do seu âmbito de tutela a prática de atos de perante a vítima, apenas enquadráveis no art.º 170.º do CP.

Por outro lado, também não cabe, assim, o constrangimento a que a vítima pratique ato sexual em si própria, independentemente do constrangimento a que esta foi sujeita. Apesar de tal conduta não ser enquadrável no tipo legal da violação, pensar-se-ia que integraria o crime de coação sexual. Porém, este crime também exige que o ato seja com o agente ou terceiro, preconizando-se uma clara lacuna de punibilidade. Não obstante, CONCEIÇÃO CUNHA defende que, em virtude da lacuna de punibilidade, tal conduta deveria ser sancionada pelo crime de coação⁸⁷, presente no art.º 154.º do CP. Contudo, o bem jurídico tutelado neste crime relaciona-se com a liberdade de decisão e de ação e, apesar de esta conduta colocar em risco esta liberdade, evidencia-se a sua especial conotação com a sexualidade da vítima. Assim, parece-nos que esta conduta se poderá integrar no âmbito do crime presente no art.º 170.º do CP, dado haver um claro constrangimento da vítima a um contacto de natureza sexual, ainda que este seja consigo mesma⁸⁸. Ora, apesar da norma legal não ser clara quanto ao alcance do “contacto de natureza sexual”, parece-nos que tais condutas se enquadram neste tipo legal, visto que a norma não exige que ocorra contacto com outrem.

⁸⁵ DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, 2008, p. 240

⁸⁶ LOPES, José Mouraz e Tiago Caiado MILHEIRO, 2015, p. 62 e 63

⁸⁷ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, 2017, p. 134

⁸⁸ Numa posição contrária, defendendo que se pune “a prática de atos sexuais **com** a vítima...”, DIAS, Jorge de Figueiredo, 2012, p. 824

4. Meios típicos de constrangimento do artigo 164.º do CP⁸⁹

Atualmente, o crime de violação é um crime de mera atividade e de dano⁹⁰, dividido em 2 números, que se distinguem pela exigência ou não de meios típicos de constrangimento. Em oposição ao defendido por JOSÉ MOURAZ LOPES e TIAGO CAIADO MILHEIRO, que configuram o crime de violação como um crime de execução vinculada⁹¹, parece-nos claro que tal apenas se aplica ao n.º 1 do art.º 164.º, visto que exige para o seu preenchimento determinados meios típicos de constrangimento, enquanto o n.º 2 do mesmo artigo é um crime de execução livre, uma vez que abrange qualquer outro meio não compreendido no número 1 apto a constranger a vítima.

Sem embargo da importância de ambos os números do art.º 164.º CP exigirem o constrangimento da vítima, que se traduz, na opinião de FIGUEIREDO DIAS, num ato de coação especializada, dado implicar uma relação meio/fim entre o constrangimento e o ato sexual de relevo em causa⁹², importa antes de mais entender o alcance dos meios típicos de constrangimento plasmados no n.º 1 do art.º 164.º do CP.

O conceito de violência sempre levantou intensas discussões na doutrina portuguesa acerca do seu alcance. Numa interpretação mais restritiva do conceito de violência, o Ac. do TRP de 13/04/2011 refere a necessidade do uso de força física e resistência efetiva da vítima⁹³. Por outro lado, numa posição intermédia, FIGUEIREDO DIAS, apesar de entender que o conceito de violência presente no art.º 164.º do CP englobava apenas a violência física, “idónea, segundo as circunstâncias do caso...”, para a sua concretização não considerava necessária a resistência efetiva da vítima⁹⁴. Em sentido oposto, numa posição mais lata quanto ao conceito de violência, SÉNIO ALVES determinava que o conceito de violência não necessita de um *plus* de violência física, mas de qualquer tipo de violência, integrando

⁸⁹ O crime de coação sexual (art.º 163.º do CP) prevê os mesmos meios de constrangimento

⁹⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2007, p. 306 a 312

⁹¹ LOPES, José Mouraz e Tiago Caiado MILHEIRO, 2015, p. 67

⁹² DIAS, Jorge de Figueiredo, 2012, p. 724

⁹³ Ac. do TRP, de 13/04/2011, p. 33 e 34. Esta interpretação veio de encontro com os entendimentos de NÉLSON HUNGRIA e RODRIGUEZ DEVESA, que defendiam que o dissentimento deveria ser sincero e positivo e manifestado por inequívoca resistência mantida por parte da vítima durante o curso da ação violenta, apenas vencida pela violência física. *Vide* DEVESA, José Maria Rodriguez, 1980, p. 171 e HUNGRIA, Nélon, 1981, p. 118 e 119 *cit. por* SANTOS, Manuel José Carrilho de Simas e Manuel de Oliveira LEAL-HENRIQUES, 2016, p. 465. Criticando o Ac. do TRP, de 13/04/2011 e a sua interpretação restritiva do conceito de violência, SOTTOMAYOR, Maria Clara, 2011, p. 273 a 318 e Cunha, Maria da Conceição Ferreira da, 2011, p. 464 a 479

⁹⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2012, p. 726

neste conceito a violência moral⁹⁵ e argumentando ainda que, caso o legislador pretendesse apenas acautelar as situações em que ocorre violência física, teria mantido a exigência da fisicalidade da violência presente no Código Penal de 1886. Por fim, CLARA SOTTOMAYOR abrangia os casos de dissentimento, defendendo que a prática destes atos na ausência de consentimento teriam que ser considerados violentos⁹⁶. Estas duas últimas posições distinguem-se pela exigência ou não de um *plus* de violência moral. A violência moral, segundo SÉNIO ALVES, constitui o perigo de um mal maior para a vítima ou terceiros, o que difere da “grave ameaça” de um ponto de vista qualitativo, uma vez que esse meio típico consiste no colocar da vítima perante a iminência de verificação de violência, física ou moral, provocando-lhe temor⁹⁷. Ora, de acordo com SÉNIO ALVES, o conceito de violência encontrar-se-ia preenchido caso houvesse este *plus* de violência moral, enquanto que, segundo CLARA SOTTOMAYOR, tal não seria necessário, bastando a ausência de consentimento da vítima.

Com a Lei n.º 83/2015, o artigo 164.º do CP passou a plasmar no seu n.º 2 o constrangimento por “meio não compreendido no número anterior”. Deste modo, as dúvidas relativas ao conceito de violência dissiparam-se ligeiramente. De facto, não nos parece correto afirmar-se que cabe dentro do conceito de violência a prática de qualquer ato não consentido. Porém, também nos parece errado exigir a violência física, uma vez que o tipo legal não impõe tal condição. Ademais, parece-nos que, no atual panorama social, o argumento de que a inclusão da violência psíquica e moral poderia ocasionar uma “inadmissível confusão entre meios (típicos) de violência e meios (atípicos) de *sedução*”⁹⁸ encontra-se deveras desgastado e desadequado. Ora, o Código Penal de 1982 prescindiu da referência à fisicalidade da violência, o que nos leva a crer que este meio típico de constrangimento abarcará, para além da violência física, a violência moral. Assim, enquanto o n.º 1 do art.º 164.º tutela as situações em que se verifique alguma espécie de violência, quer física, quer moral, o n.º 2 deverá ser alterado para enquadrar todos os atos em que a vítima não tenha consentido, apesar de não se verificar qualquer recurso a um dos meios típicos de constrangimento do n.º 1.

Para além deste meio típico, o n.º 1 do art.º 164.º do CP também refere como meio

⁹⁵ ALVES, Sénio Manuel dos Reis, 1995

⁹⁶ SOTTOMAYOR, Maria Clara, 2011, p. 283

⁹⁷ ALVES, Sénio Manuel dos Reis, 1995, p. 31 a 33

⁹⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2012, p. 726

típico a “ameaça grave”. Ora, antes de mais, importa entender que, aparentemente, não cabem neste tipo legal todas as ameaças, mas apenas as que revestem uma certa gravidade. Todavia, previamente à verificação da sua gravidade, atenderemos ao conceito de ameaça. TAIPA DE CARVALHO apontou como características deste conceito a existência de um mal, futuro e que dependa da vontade do agente⁹⁹. Isto posto, a sua componente temporal evidencia-se como o principal critério distintivo relativamente à violência. Importa ainda ressaltar que a ameaça pode tanto ter natureza pessoal, como patrimonial, e incidir sobre a vítima ou terceiro, desde que a lesão dos bens jurídicos do terceiros afetem a vítima. O crime de ameaça, presente no artigo 153.º do CP, aplicar-se-á relativamente a crimes contra determinados bens jurídicos especificados, importando-nos destacar, neste caso, a liberdade e autodeterminação sexual. Contudo, estas ameaças, segundo o n.º 1 do art.º 153.º do CP, têm que ser adequadas a provocar medo ou inquietação ou prejudicar a liberdade de determinação da vítima.

Tal como *supra* referido, a conduta, para além de ter que integrar o tipo de ilícito previsto no art.º 153.º do CP, terá que ser grave. A “ameaça grave” não se equipara à “ameaça com mal importante”, exigido pelo tipo legal do crime de coação (art.º 154.º do CP), uma vez que este meio típico se afere pelo conteúdo da ameaça, enquanto que aqui está em causa a sua medida ou intensidade¹⁰⁰. Porém, na opinião de FIGUEIREDO DIAS, “a ameaça relevante para efeitos deste artigo deve considerar-se tipicamente mais exigente do que a que ocorre no art.º 154.º”¹⁰¹. Assim, a gravidade da ameaça atenderia não só ao seu conteúdo, mas também à sua medida e intensidade¹⁰². Todavia, teremos que discordar de tal posição, dado seguirmos o entendimento do Ac. do TRC de 25/06/2014, que assume que “assim que a ameaça é levada a sério pela vítima é sempre ameaça grave. (...) E é pelo padrão da vítima, da pessoa a quem é dirigida a ameaça que se aferirá da sua gravidade”¹⁰³. Deste modo, parece-nos que basta o preenchimento do tipo legal presente no art.º 153.º do CP para a verificação do meio típico “ameaça grave”, posto que, ao ser “levada a sério pela vítima”, revela-se adequada a provocar-lhe medo ou inquietação ou a prejudicar a sua liberdade de determinação.

Por fim, o último meio típico de constrangimento vertido no art.º 164.º do CP

⁹⁹ CARVALHO, Américo Taipa de, 2012, p. 553

¹⁰⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2012, p. 727

¹⁰¹ *Idem*, 2012, p. 727 e 728

¹⁰² *Idem*, 2012, p. 728

¹⁰³ Ac. do TRC, de 25/06/2014, p. 15

corresponde ao “...ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir...”. Ora, este meio típico distingue-se do meio típico exigido no disposto no art.º 165.º do CP, em virtude do “momento em que funciona o dolo”¹⁰⁴. Assim, não há um aproveitamento da situação, mas um colocar da vítima em situação de incapacidade de modo a ser possível ao agente praticar algum destes atos sexuais de relevo especificados. Deste modo, verifica-se o crime de violação quando “...haja uma relação meio/fim...”¹⁰⁵ entre o meio típico de constrangimento e o ato sexual de relevo, provocada pelo agente, com vista a atingir os fins pretendidos¹⁰⁶.

¹⁰⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2012, p. 728

¹⁰⁵ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, 2003, p. 200

¹⁰⁶ ALVES, Sénio Manuel dos Reis, 1995

CAPÍTULO IV – Insuficiência da alteração do n.º 2 da Lei n.º 83/2015 face à Convenção de Istambul

1. Alcance do conceito de constrangimento e de consentimento

A última modificação ao artigo 164.º do CP¹⁰⁷ promoveu a alteração do n.º 2, que criminaliza, atualmente, o constrangimento, por meio não compreendido no n.º 1, à prática de atos sexuais de especial relevo. Esta alteração, promovida pela Lei n.º 83/2015, teve por base as injunções impostas aos Estados pela Convenção de Istambul. Por imperativo do artigo 36.º da Convenção de Istambul, com a epígrafe “violência sexual, incluindo violação”, estão as Partes vinculadas a assegurar a criminalização de condutas de quem intencionalmente praticasse atos de natureza sexual não consentidos pela vítima.

Previamente à Lei n.º 83/2015, nos casos em que não se verificava qualquer tipo de abuso de autoridade, a norma legal apenas criminalizava as condutas em que a prática dos atos sexuais de relevo especificados decorria do constrangimento pelos meios tipificados no número 1 do art.º 164.º do CP. Neste sentido, FIGUEIREDO DIAS defendia que não bastava que a ação fosse contra ou sem a vontade da vítima, exigindo-se a utilização de um meio típico de constrangimento, embora isso acarretasse uma certa limitação da liberdade de determinação sexual da vítima¹⁰⁸. De facto, o crime de violação exigia uma forma vinculada de prática¹⁰⁹, que tinha por base o pressuposto de que o relacionamento sexual entre adultos era “por princípio consensual, a menos que a pessoa relutante seja coagida por violência ou ameaça grave”¹¹⁰. Não obstante esta convicção, não nos parece que o constrangimento por meio de violência ou ameaça grave seja o único capaz de afastar a consensualidade da conduta, podendo a vítima ser constrangida à prática do ato sexual, por meio não tipificado no n.º 1 do artigo referido.

Isto posto, parece-nos que o que se punia não era o constrangimento da vítima à prática dos atos sexuais, mas o modo como o legislador considerava “exequível” que esse

¹⁰⁷ A mesma alteração foi efetuada ao crime de coação sexual (163.º do CP)

¹⁰⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2012, p. 725

¹⁰⁹ BELEZA, Teresa Pizarro, 2016, p. 20

¹¹⁰ BELEZA, Teresa Pizarro, 2016, p. 21

constrangimento ocorresse. Destarte, não se verificava uma efetiva proteção do bem jurídico “liberdade e autodeterminação sexual”, numa perspetiva individual, mas uma proteção deste bem jurídico à luz da visão legislativa do modo como esse bem jurídico poderia ser colocado em causa. Nesta ótica, HELENA LOPES e ROSE STTAU MONTEIRO argumentaram que a maneira como o artigo estava formulado colocava “sem proteção casos nítidos de ofensa à liberdade sexual”, defendendo que o acento tónico do crime deveria passar pela vontade da vítima¹¹¹.

Em harmonia com o disposto no artigo 36.º, o legislador nacional promoveu a adequação da legislação interna às obrigações decorrentes desta Convenção. Com a Lei n.º 83/2015, a norma legal deixou de criminalizar apenas o constrangimento por “meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornando inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir”, estendendo a proteção a todos os modos de constrangimento. Com vista a responder às exigências impostas, o legislador remeteu os casos de abuso de autoridade para a alínea b) do n.º 1 do artigo 177.º do CP, que passou a ser uma agravação e focou a tutela do n.º 2 em todas as situações em que não se verificava o emprego de um dos meios típicos de constrangimento plasmados no número 1 do art.º 164.º do CP.

TERESA PIZARRO BELEZA criticou o modo como o preceito se encontra redigido, referindo que a atual norma legal sugere que a verdadeira violação é a conseguida por meio de violência ou ameaça, sendo o n.º 2 uma verdadeira atenuante¹¹², o que diminuiu a importância das condutas enquadráveis neste número. De facto, parece-nos que o tipo legal base deste crime não deveria necessitar do emprego de determinados meios típicos de constrangimento, sendo que o recurso a estes meios deveria funcionar como agravante, em virtude da maior gravidade para o bem jurídico tutelado. Neste sentido, a redação desta norma legal deveria ser a inversa, funcionando a utilização dos meios típicos, presentes no n.º 1 do artigo aqui em crise, como agravantes.

No desiderato de destrinçar as diferenças entre a atual redação do n.º 2 do art.º 164.º do CP e as obrigações derivadas da Convenção de Istambul, importa entender que o legislador nacional procurou respeitar tais imposições, sem prescindir da descrição da factualidade típica prévia à revisão de 2015. Esta alteração legislativa, apesar de ter

¹¹¹ LOPES, Helena e Rose STTAU MONTEIRO *cit. por* SANTOS, Manuel José Carrilho de Simas e Manuel de Oliveira LEAL-HENRIQUES, 2016, p. 480

¹¹² BELEZA, Teresa Pizarro, 2016, p. 24

constituído um marco no panorama legislativo nacional, não foi capaz de redirecionar o foco da criminalização das condutas para a ausência de consentimento, mantendo a referência ao constrangimento da vítima. Deste modo, apesar de se ter estendido a proteção às situações em que não se verifiquem os meios típicos de constrangimento presentes no n.º 1, a vítima terá necessariamente que ser constrangida a intervir nos atos sexuais de relevo discriminados.

Ora, com esta revisão, o bem jurídico tutelado encontra maior proteção, visto que, ainda que com moldura legal inferior, estendeu a criminalização às condutas que constriam a vítima por outros meios. Porém, visto que o não consentimento da vítima não é, *tout court*, o elemento típico do crime¹¹³, ainda não é no seu relevo que se encontra a fronteira da tutela da liberdade sexual, pressupondo sempre um elemento típico indispensável assente numa dimensão coativa.¹¹⁴

Não obstante, ANA PAULA SOUSA defendeu que, em bom rigor, o n.º 2 criminalizou a prática de atos sexuais contrários à vontade da vítima¹¹⁵. No mesmo sentido, CONCEIÇÃO CUNHA argumentou que a única interpretação do n.º 2 do art.º 164.º conforme ao disposto na Constituição da República Portuguesa e ao artigo 36.º da Convenção de Istambul seria a de se considerar que todo o relacionamento sexual não consentido livremente seria um relacionamento constrangido¹¹⁶. Apesar de realçar que a expressão em causa não é a mais feliz para abarcar os relacionamentos sexuais que não se baseiem num consentimento livre, a autora refere que o constrangimento dos atos sexuais consiste na imposição de um relacionamento contra a vontade da vítima ou com base num consentimento aparente da mesma¹¹⁷.

Contudo, não podemos concordar com estas posições, sendo importante entender que nem todas as condutas não consentidas cabem dentro do conceito de constrangimento, tal como *infra* se abordará. Ora, apesar da atual solução legislativa ter pretendido, simultaneamente, não alterar totalmente a factualidade típica e criminalizar os atos sexuais não consentidos, de acordo com as diretivas da Convenção, tal não nos parece ter sido conseguido, uma vez que o alcance dos conceitos de “constrangimento” e de “ausência de

¹¹³ LOPES, José Mouraz e Tiago Caiado MILHEIRO, 2015, p. 47

¹¹⁴ *Idem*, 2015, p. 47

¹¹⁵ SOUSA, Ana Paula, 2016, p. 282

¹¹⁶ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, 2017, p. 402

¹¹⁷ *Idem*, 2017, p. 402

consentimento livre” da vítima difere.

Ao exigir o constrangimento da vítima, a norma legal não dirige a criminalização da conduta para o desrespeito pela vontade, *maxime* pela liberdade sexual da vítima, mas para o modo como a vítima se “sente” relativamente à conduta empreendida pelo agente. De facto, se para que o constrangimento da vítima ocorra é necessário que a mesma não consinta tal conduta ou que este consentimento seja meramente aparente, resultado do medo, receio ou temor perante a atuação do agressor¹¹⁸, o mesmo não é inversamente aplicável, podendo a vítima não consentir e, mesmo assim, não existir o seu constrangimento à prática do ato sexual de relevo especificado.

Em conformidade com o argumentado, afigura-se fulcral entender o alcance do conceito de constrangimento. CONCEIÇÃO CUNHA menciona que “constranger significa coagir – obrigar, pressionar – afectando, assim, a liberdade do coagido”¹¹⁹. Segundo FIGUEIREDO DIAS, o constrangimento da vítima traduz-se num ato de coação (art.º 154.º CP) especializado em virtude da sua finalidade, visto ser dirigido à prática de um ato sexual de relevo¹²⁰. Todavia, não nos parece que, para que o constrangimento da vítima ocorra, seja necessário o preenchimento do artigo 154.º do Código Penal. Não obstante o art.º 164.º do Código Penal pressupor sempre uma dimensão coativa, que constitui um elemento típico indispensável do tipo legal¹²¹, o artigo 154.º do Código Penal exige o recurso a determinados meios típicos para a sua concretização, o que não ocorre no crime de violação. De facto, a partir da reforma de 2015, o n.º 2 do artigo 164.º do Código Penal permitiu a inclusão de inúmeras condutas não conciliáveis com a exigência de meios típicos de constrangimento.

O próprio artigo 154.º do Código Penal distingue o constrangimento do crime de coação. Para que o crime de coação se verifique, o constrangimento da vítima terá que ocorrer por meio de violência ou de ameaça com mal importante. Ora, se o constrangimento da vítima por outros meios ocorrer, tal não constitui um crime de coação (art.º 154.º do CP), uma vez que se exige que o constrangimento derive do recurso àqueles meios típicos específicos. Outra interpretação do conceito de constrangimento seria antagónica com a alteração do n.º 2 do art.º 164.º do CP e restringiria a punibilidade pelo crime de violação às

¹¹⁸ LOPES, José Mouraz e Tiago Caiado MILHEIRO, 2015, p. 48

¹¹⁹ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, 1999, p. 166

¹²⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2012, p. 724

¹²¹ LOPES, José Mouraz e Tiago Caiado MILHEIRO, 2015, p. 47

condutas enquadráveis no n.º 1. Neste sentido, basta o necessário nexo causal entre o meio de constrangimento empreendido e o ato sexual de relevo especificado para se verificar o crime de violação¹²².

Todavia, o conceito de constrangimento implicado neste tipo legal não é tão abrangente como o de ausência de consentimento livre. Ora, de acordo com SIMAS SANTOS e LEAL-HENRIQUES, a Convenção de Istambul impôs às Partes da Convenção a adoção na lei penal interna da noção de falta de consentimento para os diversos atos sexuais previstos, deixando à discricionariedade das mesmas a decisão sobre a formulação exata da legislação e os fatores considerados característicos de um consentimento livre¹²³.

O consentimento assenta num modelo dualista, podendo relevar ao nível da tipicidade, nos casos em que existe acordo, e ao nível da ilicitude, como causa de justificação, quando existe consentimento¹²⁴. Visto que o crime de violação tutela o bem jurídico “liberdade e autodeterminação sexual”, a autodeterminação do indivíduo constitui o objeto de proteção da norma legal, não podendo assim afirmar-se que o comportamento, *ab initio*, preencha o tipo objetivo do ilícito¹²⁵. Assim, caso o pressuposto típico fosse a ausência de consentimento, em detrimento do recurso ao conceito de constrangimento, o consentimento constituiria uma causa de atipicidade ou de “exclusão” da tipicidade¹²⁶, visto que o titular do bem em causa contribui para a sua realização¹²⁷.

No Código Penal, o consentimento constituiu causa de atipicidade no crime de violação de domicílio ou perturbação da vida privada (art.º 190.º do CP), o que levou TERESA PIZARRO BELEZA a realçar a distinção efetuada pelo legislador relativamente ao crime de violação, já que o artigo 190.º do CP apenas exige que a conduta seja cometida contra a vontade da vítima¹²⁸. Sopesa ainda que, contrariamente ao crime de violação, a violência e a ameaça são agravantes do tipo base, que se basta com o não consentimento da vítima.

Ora, contrariamente ao crime de violação, cuja norma visa tutelar a liberdade e

¹²² ALVES, Sénio Manuel dos Reis, 1995

¹²³ SANTOS, Manuel José Carrilho de Simas e Manuel de Oliveira LEAL-HENRIQUES, 2016, p. 482

¹²⁴ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, 2015, p. 263. Para mais desenvolvimentos sobre a matéria do acordo e consentimento, ANDRADE, Manuel da Costa, 1991

¹²⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2007, p. 473

¹²⁶ CORREIA, Eduardo, 2000, p. 18 e 19 e FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, 2010, p. 249 e 250

¹²⁷ COSTA, José de Faria, 2015, p. 302

¹²⁸ BELEZA, Teresa Pizarro, 2016, p. 22

autodeterminação sexual e que exige o constrangimento da vítima, o conceito de consentimento é usado num crime que protege a integridade do domicílio. Visto que o crime de violação visa proteger um bem eminentemente pessoal, não se consegue entender a resistência do legislador nacional em estabelecer como elemento do tipo legal a ausência de consentimento, dado a liberdade sexual e integridade física da vítima serem bens mais relevantes que a autonomia e integridade do domicílio¹²⁹.

CLARA SOTTOMAYOR adverte ainda que “a prova de falta de consentimento, enquanto elemento interno da vontade, não é nova para os tribunais...”¹³⁰, sendo que o argumento da dificuldade de prova para fundamentar o não alargamento do crime a todos os atos sexuais de relevo especificados não consentidos se baseia no receio em alegações falsas. Contudo, a autora sustenta que essa possibilidade “...existe em qualquer crime, mas tal fenómeno não influenciou as definições dos tipos legais...”¹³¹. De facto, se o crime de violação de domicílio ou perturbação da vida privada, presente no artigo 190.º do CP, não tomou em conta a dificuldade de prova da ausência de consentimento, nem a possibilidade da existência de alegações falsas, não se entende como é que um crime, cujo bem jurídico tutelado é tão íntimo e pessoal, possa tomar em conta este fenómeno para a definição do seu tipo legal. Certamente, tal possibilidade não pesará tanto na definição do tipo legal como a exclusão de condutas que nos parece que o legislador pretendeu criminalizar.

Nas palavras de TIEDEMANN, «nem sempre a “conversão de crimes contra a moralidade em crimes contra a liberdade pessoal” foi levada à descrição da factualidade típica»¹³². Ora, num crime cujo bem jurídico protegido é eminentemente pessoal e íntimo, consideramos erróneo o foco de punibilidade não encontrar correlação na ausência de consentimento, mas apenas no constrangimento da vítima. De facto, se o tipo legal contivesse a falta de consentimento como elemento do tipo, a existência do consentimento faria com que a tipicidade não existisse¹³³. Apesar da conversão do crime de violação num crime cujo bem tutelado é a liberdade e autodeterminação sexual e da constante evolução do âmbito de proteção da norma legal, o legislador foi incapaz de redireccionar a criminalização das condutas para o desrespeito da vontade da vítima em participar nestes atos sexuais de

¹²⁹ *Idem*, 2016, p. 22

¹³⁰ SOTTOMAYOR, Maria Clara, 2015, p. 111

¹³¹ SOTTOMAYOR, Maria Clara, 2015, p. 112

¹³² TIEDEMANN, (K.), 1969, p. 205 *cit. por* ANDRADE, Manuel da Costa, 1991, p. 384

¹³³ SILVA, Germano Marques da, 2012, p. 140

relevo, nas condições por si determinadas, mantendo o necessário constrangimento da vítima. Nas palavras de ISABEL VENTURA, o facto de “o consentimento não fazer parte do tipo legal do crime tem como consequência a impunidade dos agressores/as, garantida pelos tribunais que adotam a perspetiva mais conservadora da doutrina”¹³⁴.

2. *Stealth*ing – enquadramento no crime de violação

No desiderato de compreendermos a distinta proteção oferecida pelos conceitos previamente referidos, traremos à discussão uma conduta específica, conhecida como *stealth*ing. O *stealth*ing consiste na remoção propositada e não consentida do preservativo durante a relação sexual. Importa-nos entender se tal conduta caberá no âmbito de tutela do artigo 164.º do Código Penal (ou mesmo de outra norma legal do Código Penal), bem como no âmbito do artigo 36.º da Convenção de Istambul.

O tipo legal de violação criminaliza as ações empreendidas pelo agente que constriam a vítima à prática de cópula, coito anal, coito oral ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos, com recurso ou não a meios típicos, de acordo com o n.º 1 e o n.º 2, respetivamente. Relativamente ao *stealth*ing, importa compreender que a prática do ato sexual de especial relevo com a vítima não é constrangida; antes, é por si pretendida. Contudo, a vontade e o consentimento da vítima encontram-se dependentes do uso de preservativo durante a relação sexual.

Não obstante tal conduta aumentar o risco de transmissão de doenças sexualmente transmissíveis, bem como o de uma possível gravidez, não nos parece que tal deva influenciar a sua inclusão no crime de violação, uma vez que este crime há muito se distanciou da visão que o associava à possível consequência da gravidez¹³⁵. Deste modo, tanto a gravidez, como a transmissão de doenças sexualmente transmissíveis, não devem ter influência na determinação do bem jurídico tutelado, sendo consequências extra típicas que

¹³⁴ VENTURA, Isabel, 2016, p. 57 e 58

¹³⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2012, p. 743 a 746

valerão enquanto agravantes do tipo legal, de acordo com o n.º 3 e 5 do artigo 177.º do CP.

Assim, resta-nos compreender se um dos intervenientes da relação sexual, ao retirar o preservativo durante a mesma, sem o consentimento do outro interveniente, pratica ou não o crime de violação. Previamente à alteração efetuada ao n.º 2 do artigo 164.º do Código Penal, tal conduta nunca poderia ser punida por este artigo, visto que, com exceção das situações em que existia uma especial relação entre o agente e a vítima, exigia-se o emprego de determinados meios típicos de constrangimento. Ora, tratando-se de uma relação sexual pretendida por ambos os intervenientes, ainda que com o recurso ao preservativo, seria inconcebível enquadrá-la no n.º 1 do art.º 164.º do CP, já que o agente não constrangia a vítima por nenhum dos meios típicos plasmado nesse artigo.

Com a consagração do atual n.º 2 do artigo 164.º do Código Penal, o crime estendeu a criminalização a todas as condutas em que vítima tenha sido constrangida, por meio não tipificado no n.º 1 do referido artigo. Esta alteração permitiu, deste modo, consagrar um delito de execução livre que, nas palavras de ANDRÉ LAMAS LEITE, “... se compreende atendendo à teologia do programa incriminador visar abranger todas as hipóteses fácticas em que o agente obriga a manter, consigo ou com terceiro, ato ofensivo do bem jurídico ‘liberdade sexual’, emanção da ‘liberdade pessoal’ e do seu livre desenvolvimento”¹³⁶.

Todavia, tal intenção não foi totalmente concretizada. De facto, a conduta aqui em apreço não integra o crime de violação, uma vez que o agente não constrange a vítima a manter consigo o ato sexual de relevo. Assim, apesar de nos parecer que o bem jurídico “liberdade e autodeterminação sexual” é ofendido - já que a vítima apenas consentiu o ato sexual com o uso do preservativo - não ocorreu um efetivo constrangimento da vítima à prática da relação sexual.

Ora, o n.º 2 do artigo 164.º do CP radica a criminalização das condutas no constrangimento da vítima à prática do ato sexual, que constitui um elemento típico indispensável¹³⁷, não atendendo às circunstâncias envolventes. No entanto, caso a vítima se aperceba que o agente removeu o preservativo e este a constrinja a continuar o ato sexual de relevo, encontrar-se-ão preenchidos os requisitos para a punição pelo crime de violação. Para o enquadramento da conduta nesta norma legal importa que a vítima seja constrangida à

¹³⁶ LEITE, André Lamas, 2016, p. 64

¹³⁷ LOPES, José Mouraz e Tiago Caiado MILHEIRO, 2015, p. 47

prática do ato sexual de relevo, independentemente do momento em que este constrangimento tenha ocorrido, desde que entre o constrangimento e o ato sexual exista um nexo causal.

Todavia, no caso do “mero” *stealthing*, o agente retira o preservativo intencionalmente, sem o consentimento e conhecimento da vítima que, neste sentido, não é constrangida à prática do ato sexual de relevo especificado. Poder-se-ia questionar se a ausência de consentimento constitui um meio de constrangimento da vítima abrangido pelo n.º 2 do artigo 164.º do CP. Tal não nos parece o caso, visto que o constrangimento se refere à intervenção no ato sexual em causa e não às condicionantes envolventes. Destarte, parece-nos que esta conduta não poderá ser enquadrável no crime de violação, visto não haver constrangimento da vítima à prática do ato sexual de especial relevo.

Sopese ainda que o *stealthing* não é criminalizado por nenhum tipo legal, sendo uma conduta que o legislador, por opção ou lacuna, não criminalizou. Poder-se-ia equacionar uma alteração ao crime de fraude sexual (art.º 167.º do CP) que retirasse a necessidade de o erro se fundar na identidade do agente. Atualmente, está criminalizado o aproveitamento, pelo agente, do erro da vítima sobre a sua identidade pessoal¹³⁸. É requerido o dolo efetivo do agente, já que o agente tem que saber que a vítima está em erro e aproveitar-se de tal - na instrumentalização da vítima é que assenta a fraude¹³⁹. Todavia, não nos parece que a alteração desta norma legal, de modo a enquadrar esta conduta, seja a opção mais correta. Com a alteração mencionada, o crime ocorreria com a prática dos atos sexuais de relevo que tivessem por base o aproveitamento fraudulento de erro da vítima. Porém, o erro não terá que ser provocado pelo agente – o que releva é que haja aproveitamento por parte deste¹⁴⁰. No caso do *stealthing*, mais do que um mero aproveitamento do erro da vítima, o agente coloca a vítima em erro sobre as condicionantes em que o ato sexual ocorre. Ora, a conduta aqui em causa, assim, reveste uma maior gravidade, visto que o agente, para além de ter conhecimento da vontade da vítima, decide contrariar a mesma, impondo-lhe a sua própria vontade.

Em sentido oposto do artigo 164.º do CP, a Convenção de Istambul assentou a criminalização das condutas na prática intencional de atos sexuais não consentidos pela

¹³⁸ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, 2015, p. 665

¹³⁹ *Idem*, 2015, p. 666

¹⁴⁰ *Idem*, 2015, p. 666

vítima. Em harmonia com o disposto no n.º 1 do artigo 36.º da referida Convenção, as Partes deveriam adotar medidas legislativas para assegurar a criminalização de tais condutas. A alteração introduzida pela Lei n.º 83/2015 ao art.º 164.º do CP alargou o espectro de condutas criminalizadas, mas não se bastou com a ausência de consentimento da vítima e impôs o seu constrangimento. Ora, visto que estamos a abordar uma ação específica, o *stealth*, importa verificar se, de acordo com a Convenção de Istambul, especificamente com o seu artigo 36.º, tal prática pelo agente seria tratada como violência sexual.

Isto posto, é fundamental atendermos ao n.º 2 do art.º 36.º, que estabelece que o consentimento “tem de ser prestado voluntariamente, como manifestação da vontade livre da pessoa, avaliado no contexto das circunstâncias envolventes”. Destarte, importa que o consentimento exprima uma vontade pessoal e livre de qualquer tipo de constrangimento. Acresce ainda que o consentimento deve “verificar-se e persistir no momento da prática do facto, podendo ser revogado a todo o momento até à execução do facto e durante a execução do mesmo”¹⁴¹. Caso a vítima revogue o consentimento prestado ao ato sexual de especial relevo e o agente prossiga tal conduta, este estará a perpetuar a conduta na ausência do consentimento da vítima, cometendo o crime de violência sexual (artigo 36.º da Convenção de Istambul). Ademais, cumpre destacar a importância atribuída ao “contexto das circunstâncias envolventes” ao consentimento, uma vez que toma em conta a conjuntura em que o consentimento foi prestado, bem como as condicionantes do mesmo.

Ora, no caso do *stealth*, tal reveste uma importância fulcral, já que o consentimento prestado não é só relativo à relação sexual *per se*, mas também às condições em que os intervenientes pretendam que tal ato sexual ocorra. Assim, tendo a vítima consentido na relação sexual com o agente na dependência do uso do preservativo, com a remoção propositada e não consentida do mesmo o agente praticou o crime em causa. De facto, com a remoção do preservativo, o ato sexual deixa de ser consentido, uma vez que a vítima apenas consentiu com aquela condicionante.

Destarte, o pendor e a ilicitude do crime não se afere pelo constrangimento da vítima, ou seja, no modo como a vítima “reage” à conduta do agente, mas pelo desrespeito pelo consentimento da vítima, isto é, pela afronta à opção da mesma determinar quando, como e em que condições pretende que os atos sexuais ocorram. Assim, por um lado, um ato sexual

¹⁴¹ *Idem*, 2015, p. 268

contrário à vontade da vítima, no caso do elemento do tipo ser a ausência de consentimento livre, constituirá, de imediato, crime de violação. Por outro, caso atendamos ao constrangimento da vítima, a conduta apenas será punível como violação caso a vítima se sinta pressionada ou obrigada a manter o ato sexual.

No mesmo sentido, abordaremos sucintamente a conduta inversa ao *stealth*, ou seja, o colocar do preservativo durante a relação sem o consentimento do outro interveniente. Parece-nos que, relativamente a esta conduta, se aplicarão os mesmos fundamentos. De facto, se tomarmos o constrangimento como elemento típico indispensável, não nos parece que esta conduta integre o crime de violação, de acordo com o artigo 164.º do CP, uma vez que a vítima não é constrangida à prática do ato sexual de especial relevo. Em oposição, considerando as imposições decorrentes da Convenção de Istambul e da obrigatoriedade em tomarmos em conta o consentimento da vítima, livre e esclarecido, de acordo com as circunstâncias envolventes, tal conduta seria punível, visto que a vítima não consentiu o ato sexual naquelas circunstâncias. Houve, portanto, uma clara afronta à liberdade da vítima em decidir o modo como quer que tais atos sexuais ocorram. Poder-se-á dizer que esta conduta não reveste a mesma gravidade que o *stealth* ou as outras condutas sancionadas pelo crime de violação. Todavia, variadíssimas são as razões que podem levar um dos intervenientes da relação sexual a apenas consentir as relações sexuais mediante determinadas condições, não sendo o outro indivíduo obrigado a participar no ato. Tal não significa, contudo, que, na hipótese de ambos consentirem o relacionamento de acordo com as condições acordadas, um dos intervenientes possa sobrepor a sua vontade à vontade do outro.

Assim, importa entender que, não obstante a possibilidade e liberdade de cada pessoa aceitar ou não participar nestes atos sexuais, a subjugação da sua vontade à vontade da outra reveste uma especial gravidade, censurável em virtude do desrespeito pelo bem jurídico em causa, a “liberdade e autodeterminação sexual”.

A alteração legislativa ao crime de violação introduzida pela Lei n.º 83/2015, ao ter-se mantido fiel à necessidade da existência do constrangimento da vítima, não abarcou todas as condutas que a Convenção de Istambul pretendeu criminalizar. CONCEIÇÃO CUNHA afirmou que as dúvidas entre a integração no n.º 1 e n.º 2 não conduzirão nunca à desproteção da liberdade sexual; poderão apenas conduzir a uma diferença no grau de responsabilização

penal¹⁴². Porém, visto que o constrangimento se reporta ao ato sexual *per si* e não às condicionantes que o envolvem, a extensão da tutela da norma é mais reduzida do que a que seria alcançada pela inclusão da ausência de consentimento livre no crime de violação e não conduz à criminalização de todas condutas lesivas do bem jurídico “liberdade e autodeterminação sexual”.

Uma nova alteração legislativa a este artigo aprofundaria o novo processo de neocriminalização. Este processo não se opõe à separação do Direito Penal e da moral sexual, nem opera uma “*contra revolutio*”¹⁴³. De facto, o consentimento da vítima deverá emergir como o essencial para a verificação de um crime cujo bem tutelado é a “liberdade e autodeterminação sexual”. Não obstante FIGUEIREDO DIAS ter defendido que “a violação de um bem jurídico-penal não basta por si para desencadear a intervenção, antes se requerendo que esta seja absolutamente indispensável à livre realização da personalidade de cada um na comunidade”¹⁴⁴, parece-nos que, tais condutas, para além de violarem o bem jurídico, acarretam um enorme peso na livre realização da personalidade das vítimas. Ora, este alargamento tem como traço essencial o de, tal como defendido por CONCEIÇÃO CUNHA, “conceder uma tutela mais abrangente aos bens jurídicos liberdade sexual (...), aprofundando o seu significado e conteúdo, a par de uma maior consciencialização quanto à lesividade de condutas que atentam contra estes bens...”¹⁴⁵.

¹⁴² CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, 2016, p. 140

¹⁴³ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, 2017, p. 401

¹⁴⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2001, p. 57

¹⁴⁵ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, 2017, p. 401

CONCLUSÃO

O Direito Penal visa proteger e tutelar bens jurídicos, variáveis consoante os valores considerados mais importantes na vida em sociedade, reconhecidos como tal e tidos como carentes de integrar tal categoria¹⁴⁶. Deste modo, o Estado não está apenas vinculado pelo direito que cria, está essencialmente vinculado pelo Direito que se impõe ao Estado-legislador¹⁴⁷.

O crime de violação, nos diferentes códigos penais, evoluiu e moldou-se às imposições sociais e culturais predominantes, direcionando a tutela de um bem jurídico comunitário, assente na moral sexual social, para um bem jurídico individual, assente na liberdade e autodeterminação sexual. Com a mudança de paradigma, o legislador sentiu a necessidade de estender a criminalização a diferentes condutas tão danosas para o bem jurídico como a cópula.

No cerne deste trabalho encontra-se a Convenção de Istambul, que incumbe as Partes a criminalizar os atos de natureza sexual na consentidos, e a subsequente alteração efetuada ao n.º 2 do art.º 164.º do CP. A Lei n.º 83/2015 alargou a criminalização a outros meios de constrangimento da vítima, não compreendidos no n.º 1. Contudo, tal reforma não foi suficiente para a concretização das injunções da Convenção, já que deixa de parte condutas não consentidas, como o *stealth*.

Destarte, entendemos ser essencial uma alteração à norma legal prevista no artigo 164.º do Código Penal, referente à violação, que inclua a ausência de consentimento livre em detrimento do constrangimento. Tal decorre das obrigações impostas pela Convenção de Istambul, tendo a legislação nacional ficado aquém de tal incumbência. Parece-nos ainda que não se pretendeu, com a última revisão, deixar de parte as condutas *supra* mencionadas, como o *stealth*. Antes, parece-nos que, ao tentar adaptar as imposições decorrentes da Convenção de Istambul, o legislador presumiu que o constrangimento por meio não compreendido no n.º 1 abarcava todos os atos sexuais não consentidos tipificados no artigo. Desta forma, não ponderou devidamente a possibilidade de determinadas condutas, evidentemente atentatórias do bem jurídico protegido, como o *stealth*, não se integrarem

¹⁴⁶ SILVA, Fernando, 2011, p. 9 e 10

¹⁴⁷ SILVA, Germano Marques da, 2010, p. 42

no conceito de constrangimento. Por fim, pretendemos ainda destacar que, num crime cujo bem jurídico tutelado é a “liberdade e autodeterminação sexual”, a liberdade de cada sujeito decidir se pretende ou não participar num ato sexual de relevo e o modo como quer que o mesmo ocorra, assume o cerne da proteção da norma. Neste sentido, compreendemos que a ausência de consentimento livre do sujeito consiste num elemento típico mais protetor do bem jurídico em questão do que o constrangimento, visto que a criminalização assenta no desrespeito pela liberdade da vítima *per si* e não no modo como esta “perceciona” e se “sente” relativamente ao desrespeito pela sua liberdade.

BIBLIOGRAFIA

1. Livros e Artigos

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, Universidade Católica Editora, 3.^a ed. atualizada, 2015

ALFAIATE, Ana Rita, “A Relevância Penal da Sexualidade dos Menores”, Coimbra: Coimbra Editora, 2009

ALVES, Sénio Manuel dos Reis, “Crimes Sexuais. Notas e Comentários aos artigos 163º a 179º do Código Penal”, Coimbra: Almedina, 1995

ANDRADE, Manuel da Costa, “Consentimento e Acordo em Direito Penal”, Coimbra Editora, Limitada, 1991

ANDRADE, Manuel da Costa, *in* “Acta n.º 24”, *in* “Código Penal, Actas e Projecto da Comissão de Revisão”, Ministério da Justiça, Rei dos Livros, 1993, págs. 229 a 270

ANTUNES, Maria João, “Artigo 178º (Queixa)”, *in* “Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Artigos 131º a 201º”, direção de Jorge de Figueiredo DIAS, 2ª edição, Coimbra Editora, 2012, págs. 894 a 899

BELEZA, Teresa Pizarro, “Sem Sombra de Pecado: o repensar dos crimes sexuais na revisão do Código Penal”, *in Jornadas de Direito Criminal*, Vol. I., 1996, págs. 157 a 183

BELEZA, Teresa Pizarro, “«Consent – It’s as Simple as Tea»: notas sobre a relevância do dissentimento nos crimes sexuais, em especial na violação”, *in*

“*Combate à violência de género: da Convenção de Istambul à nova legislação penal*”, Coordenação de Maria da Conceição Ferreira da CUNHA, Universidade Católica Editora, 2016, págs. 15 a 26

CARVALHO, Américo Taipa de, “Direito Penal, Parte Geral: Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime”, Coimbra Editora, 2.^a ed., 2008

CARVALHO, Américo Taipa de, “Artigo 153º (Ameaça), in “*Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Artigos 131º a 201º*”, direção de Jorge de Figueiredo DIAS, 2ª edição, Coimbra Editora, 2012, págs. 550 a 567

CONDE, Francisco Muñoz, “Derecho Penal, Parte Especial”, 13ª ed., Valencia: Tirant lo blanch libros, 2001

CORREIA, Eduardo, “Direito Criminal – II”, Livraria Almedina, Coimbra, reimpressão, 2000

COSTA, José de Faria, “Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta Iuris Poenalis)”, Coimbra Editora, 4ª edição, 2015

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, “Artigo 210º (Roubo), in “*Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo II, Artigos 202º a 307º*”, direção de Jorge de Figueiredo DIAS, Coimbra Editora, 1999, págs. 158 a 192

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, “Breve reflexão acerca do tratamento jurídico-penal do incesto”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Direção de Jorge de Figueiredo DIAS, Coimbra Editora, ano 12, n.º 3, Julho-Setembro 2002, págs. 343 a 370

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, “Crimes sexuais contra crianças e jovens”, in *Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens: A Função dos Juízes Sociais: Actas do Encontro*, coordenação de Maria Clara SOTTOMAYOR, Almedina, Coimbra, 2003, págs. 189 a 227

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, “Conceito de violência no crime de violação, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 21, n.º 3, julho-setembro de 2011, págs. 441 a 479

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, “Do dissentimento à falta de capacidade para consentir”, in “*Combate à violência de género: da Convenção de Istambul à nova legislação penal*”, Coordenação de Maria da Conceição Ferreira da CUNHA, Universidade Católica Editora, 2016, págs. 129 a 166

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, “Da Criminalização do «Grooming»: reflexões à luz do «livre desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual»”, in “*Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade, Volume I, Direito Penal*”, Boletim da Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra, 2017, págs. 399 a 418

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, “Os Crimes contra as Pessoas: Relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino da disciplina”, Universidade Católica Editora, Porto, 2017

DEVESA, José Maria Rodriguez, “Derecho Penal Español: Parte Especial”, Alcaná Libros, Madrid, 8.ª ed., 1980

DIAS, Jorge de Figueiredo, in “Acta n.º 24”, in “*Código Penal, Actas e Projecto da Comissão de Revisão*”, Ministério da Justiça, Rei dos Livros, 1993, págs. 229 a 270

DIAS, Jorge de Figueiredo, “Temas Básicos da Doutrina Penal”, Coimbra Editora, 2001

DIAS, Jorge de Figueiredo, “Direito Penal Português, Parte Geral, Tomo II: as consequências jurídicas do crime”, Coimbra Editora, 2005

DIAS, Jorge de Figueiredo, “Direito Penal, Parte Geral, Tomo I: questões fundamentais, a doutrina geral do crime”, Coimbra Editora, 2ª edição, 2007

DIAS, Jorge de Figueiredo, “Artigo 163º (Coação Sexual)”, in “*Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Artigos 131º a 201º*”, direção de Jorge de Figueiredo DIAS, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2012, págs. 714 a 742

DIAS, Jorge de Figueiredo, “Artigo 164º (Violação)”, in “*Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Artigos 131º a 201º*”, direção de Jorge de Figueiredo DIAS, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2012, págs. 743 a 755

DIAS, Jorge de Figueiredo, “Nótula antes do art. 163º”, in “*Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Artigos 131º a 201º*”, direção de Jorge de Figueiredo DIAS, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2012, págs. 708 a 713

DIAS, Jorge de Figueiredo, “«O Direito Penal do Bem Jurídico» como princípio jurídico-constitucional implícito”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 145, n.º 3998, Coimbra, maio-junho de 2016, págs. 250 a 266

DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, “Crimes Sexuais com Adolescentes (Particularidades dos Artigos 174 e 175 do Código Penal Português)”, Coimbra: Almedina, 2006

DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva – “Repercussões da Lei n.º 59-2007, de 4-9 nos «crimes contra a liberdade sexual»”, in *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, Direção de Anabela Miranda RODRIGUES, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, n.º 8 (especial), 1.º semestre 2008, págs. 213 a 279

DUARTE, Jorge Manuel Vaz Monteiro Dias, “Homossexualidade com menores. Artigo 175.º do Código Penal”, in *Revista do Ministério Público*, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, Lisboa, ano 20, n.º 78, Abril-Junho 1999, págs. 73 a 113

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, “Lições de Direito Penal: Parte Geral, I – A

Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982 (Reimpressão da 4.^a edição de Setembro de 2012) e II – Penal e Medidas de Segurança (Reimpressão da edição de Janeiro de 1989”, Almedina, 2010

GARCIA, M. Miguez e J. M. Castela RIO, “Código Penal – Parte Geral e Especial: com notas e comentários”, Almedina, 2014

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, “Código Penal Português: anotado e comentado – legislação complementar”, 18.^a edição, Almedina, 2007

LEITE, André Lamas, “As alterações de 2015 ao Código Penal em matéria de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais – nótulas esparsas”, *in Julgar*, Associação Sindical dos Juízes Portugueses, n.º 28, Janeiro-Abril 2016, págs. 61 a 74

LEITE, Inês Ferreira, “A tutela penal da liberdade sexual”, *in Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Direção de Jorge de Figueiredo DIAS, Coimbra: Coimbra Editora, ano 21, n.º 1, Janeiro-Março 2011, págs. 29 a 94

LOPES, José Mouraz, “Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal”, Coimbra: Coimbra Editora, 4.^a edição, 2008

LOPES, José Mouraz e Tiago Caiado MILHEIRO, “Crimes Sexuais: análise substantiva e processual”, Coimbra Editora, 1.^a edição, dezembro de 2015

NATSCHERADETZ, Karl Prelhaz, “O Direito Penal Sexual: conteúdo e limites”, Livraria Almedina, Coimbra, 1985

NAVARRETE, Miguel Polaino, “Introducción a los delitos contra la honestidad”, Sevilla: Universidad de Sevilla, 1975

PATTO, Pedro Vaz, “Direito Penal e ética sexual”, *in Direito e Justiça*, volume XV, Tomo II, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Católica, 2001, págs. 123 a 145

PEREIRA, Rui Carlos – “Liberdade sexual: a sua tutela na reforma do Código Penal”, in *Sub Judice, Justiça e Sociedade*, n.º 11, Janeiro-Junho 1996, págs. 41 a 48

SANTOS, Manuel José Carrilho de Simas e Manuel de Oliveira LEAL-HENRIQUES, “Código Penal Anotado, III volume (Art.º 131.º ao 235.º)”, Rei dos Livros, 4.ª ed., 2016

SILVA, Fernando, “Direito Penal Especial: Crimes contra as Pessoas”, Quid Juris, Sociedade Editora, Lisboa, 3.ª ed., 2011

SILVA, Germano Marques da, “Direito Penal Português, Parte Geral, vol. II, Teoria do Crime”, Editorial Verbo, 2ª ed., 2005

SILVA, Germano Marques da, “Direito Penal Português, Parte Geral I: introdução e teoria da lei penal”, Verbo, 3.ª ed., 2010

SILVA, Germano Marques da, “Direito Penal Português: Teoria do crime”, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012

SOTTOMAYOR, Maria Clara, “O conceito legal de violação: um contributo para a doutrina penalista. A propósito do acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13 de abril de 2011”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 128, Outubro-Dezembro 2011, págs. 273 a 318

SOTTOMAYOR, Maria Clara, “A Convenção de Istambul e o novo paradigma da violência de género”, Centro de Estudos e Investigação em Direito da Universidade Católica Portuguesa, in *Ex aequo*, Lisboa, n.º 31, junho de 2015, págs. 105 a 121

SOTTOMAYOR, Maria Clara, “Assédio sexual nas ruas e no trabalho: uma questão de Direitos Humanos”, in “*Combate à violência de género: da Convenção de Istambul à nova legislação penal*”, Coordenação de Maria da Conceição Ferreira da CUNHA, Universidade Católica Editora, 2016, págs. 69 a 90

SOUSA, Ana Paula, “Análise crítica do acórdão do Tribunal da Relação do Porto

de 13 de abril de 2011 à luz do artigo 164.º do Código Penal e do artigo 36.º da Convenção de Istambul”, in “*Combate à violência de género: da Convenção de Istambul à nova legislação penal*”, Coordenação de Maria da Conceição Ferreira da CUNHA, Universidade Católica Editora, 2016, págs. 277 a 282

VENTURA, Isabel, “A violação na jurisprudência e na doutrina”, in “*Combate à violência de género: da Convenção de Istambul à nova legislação penal*”, Coordenação de Maria da Conceição Ferreira da CUNHA, Universidade Católica Editora, 2016, págs. 39 a 68

2. Legislação

Constituição da República Portuguesa de 1976, revista e atualizada;

Decreto de 10 de dezembro de 1852, que aprova o Código Penal, versão online, disponível em: <http://www.fd.unl.pt/anexos/investigacao/1265.pdf>

Decreto de 16 de setembro de 1886, que aprova o Código Penal, versão online, disponível em: <http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1274.pdf>

DL n.º 400/82, de 23 de setembro, que altera o Código Penal, versão online, disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=101&tabela=lei_velhas&nversao=1&so_miolo=

DL n.º 48/95, de 15 de março, que altera o Código Penal, versão online, disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=lei_velhas&nversao=1&so_miolo=

Lei n.º 65/98, de 2 de setembro, que altera o Código Penal, versão online, disponível

em:http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=lei_velhas&nversao=4&so_miolo=

Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, que altera o Código Penal, versão online, disponível

em:http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=930&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=

Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto, que altera o Código Penal, versão online, disponível

em:
http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2381&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=

Lei n.º 8/2017, de 3 de maio, que estabelece um estatuto jurídico dos animais, disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/106549655/details/maximized>

Resolução da Assembleia da República n.º 4/2013, de 21 de janeiro, que aprova a Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica (Convenção de Istambul), versão online, disponível

em:http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1878&tabela=leis

3. Jurisprudência

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 25 de junho de 2014, relator: Jorge Dias, versão online, disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/ab383cd3bdb9906>

880257d070048d2ec?OpenDocument

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13 de abril de 2011, relator: Eduarda Lobo, versão online, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/0/1c550c3ad22da86d80257886004fd6b4?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 4 de dezembro de 2003, *M. C. c. Bulgária*, Queixa n.º 39272/98

4. Recomendações, Pareceres e Projetos de Lei

Recomendação Rec (2002) 5 do Comité de Ministros do Conselho da Europa, disponível em: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805e2614

Parecer da APAV sobre as implicações legislativas da Convenção de Istambul do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica da APAV, 2014, versão online, disponível em: https://apav.pt/apav_v3/images/pdf/Parecer_da_APAV_relativo_as_implicacoes_legislativas_da_Convencao_de_Istambul.pdf

Parecer sobre o Projeto de Lei n.ºs 1047/XIII/4ª da Associação Portuguesa De Mulheres Juristas, Lisboa, 2019, versão online, disponível em: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765130394e4c7a464451554e45544563765247396a6457316c626e527663306c7561574e7059585270646d46446232317063334e686279396d4d6a466a4d3255345969316c59324d314c5452695a5459744f544a684d5330774e6d4d304d4749314e4455794d446b756347526d&fich=f21c3e8b-ecc5-4be6-92a1-06c40b545209.pdf&Inline=true>

Parecer sobre o Projeto de Lei n.ºs 1047/XIII/4ª da Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Gabinete de Estudos e Observatório dos Tribunais, 2019, versão online, disponível em:
<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765130394e4c7a464451554e45544563765247396a6457316c626e527663306c7561574e7059585270646d46446232317063334e68627938325a446b784f4441304e43316c4e4751354c5451784e7a45745957566d4d7930314e6a6b324f445133596a557a5a5445756347526d&fich=6d918044-e4d9-4171-aef3-5696847b53e1.pdf&Inline=true>

Projeto de Lei n.ºs 1047/XIII/4ª do PAN (Pessoas-Animais-Natureza), 2018, versão online, disponível em:
<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d7657456c4a535339305a58683062334d76634770734d5441304e79315953556c4a4c6d527659773d3d&fich=pjl1047-XIII.doc&Inline=true>